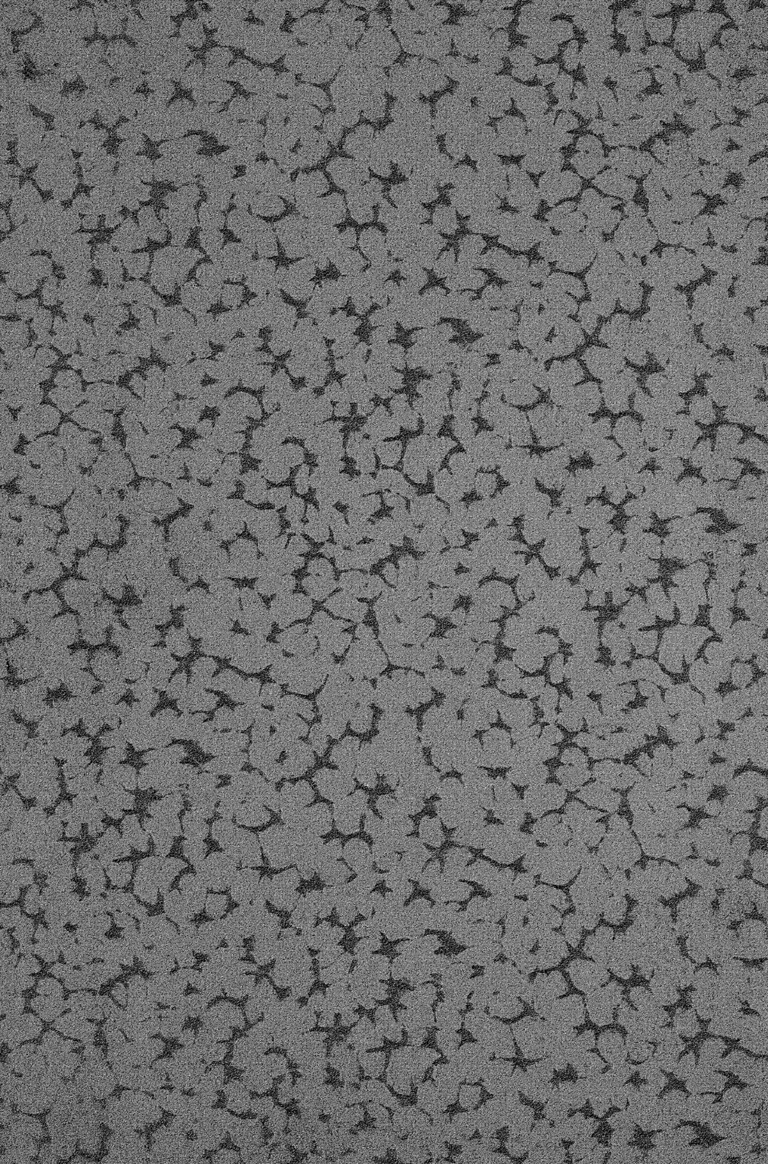
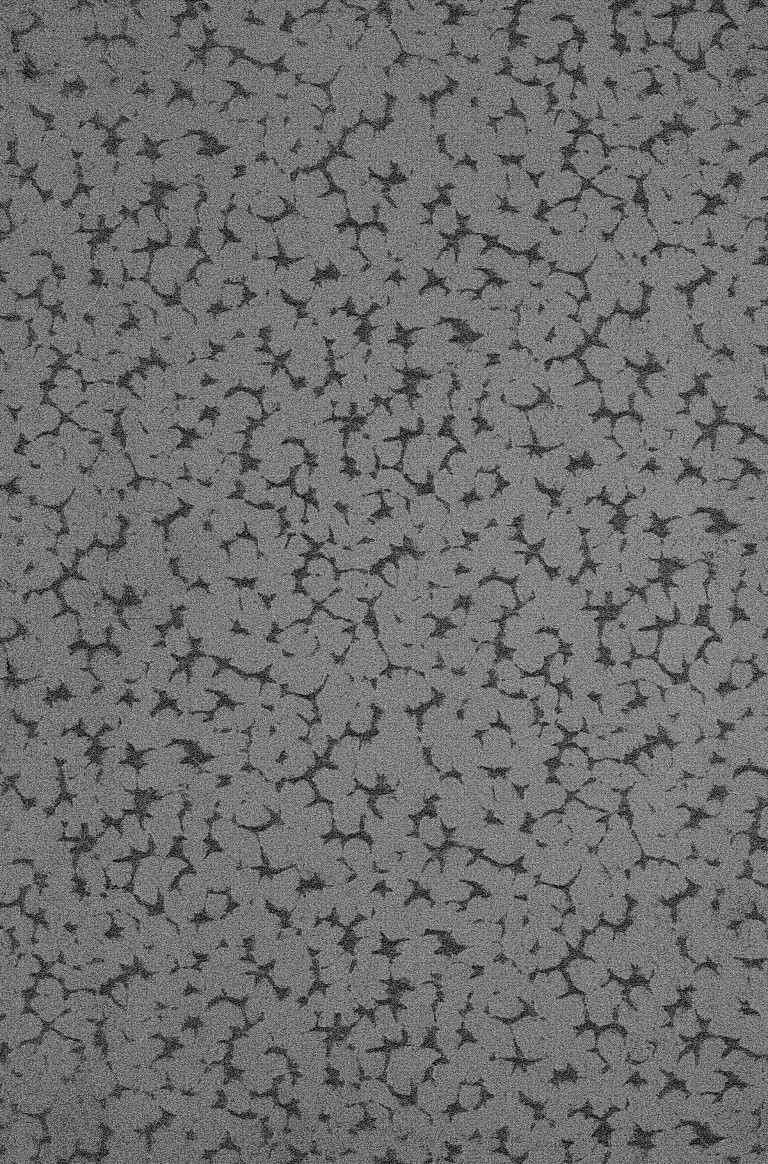






على بدوى
استاذ القانون الجنائى وتاريخ القانون
بكلية الحقوق

أبحاث
التاريخ العام للقانون

الجزء الأول

تاريخ الشرائع

مطبعة نورى بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة الافتتاح

١ — اساليب الفقه الحديث ، ٢ — الدراسة التاريخية ، ٣ — البحث المقارن . ٤ — الدراسة الحديثة فى الشريعة الاسلامية ، ٥ — نشاط علمى جديد ، ٦ — وسيلة النهوض بالفقه الاسلامى .

١ — يمتاز الفقه الحديث فى مختلف مواده وفروعه بأسلوبين من البحث العلمى أحدثا اتجاها جديدا فى العلم القانونى ، وقد يكون لهما شأن خطير فى توجيه التشريع الحديث ، وهما الدراسة التاريخية والبحث المقارن .

وقد كان البحث الفقهى فى كل أمة من الأمم مقصورا على درس نظمها القانونية ، يبين أحكامها و يحدد آثارها ومجال تطبيقها على الحالات الفردية المختلفة ، ثم اتجهت عناية الباحثين من ناحية الى تتبع هذه النظم فى أدوارها التاريخية وظروف نشوئها وتطورها ، ومن ناحية ثانية الى دراسة مثيلاتها من نظم الأمم الأخرى ، فاتسعت دائرة جهودهم العلمية ، وتناولت قانونهم ، لا باعتباره وحدة مستقلة خاصة ، وانما باعتباره حلقة من سلسلة حياة مطردة الحلقات يتصل ماضيها بحاضرها ، وباعتباره كذلك جزءا من مجموع تشترك فيه شرائع المجتمع الانسانى كل منها بنصيب .

٢ — والواقع أن الأبحاث التاريخية الحديثة أظهرت لنا بعد المدى الذى ذهب اليه التماثل الاجتماعى بين الشعوب المختلفة خلال أدوار حياتها ، فى عهد تكونها وفى مراحل تطورها ، وفيما واجهته من الصعوبات والظروف والأحوال

الاجتماعية عصرا بعد عصر ، وفيما اتخذته من الوسائل لعلاجها وتنظيمها وضبطها ، وكذلك أظهرت ما كان من تشابه وتقارب فى تطور شرائعها وتقاليدها القانونية ، والتشريع ما هو الا وسيلة من وسائل العلاج الاجتماعى تتغير تبعا لحالة المجتمع ، وتتمشى مع تطوره . ويتبين هذا التشابه واضحا فى تاريخ الشرائع القديمة ، كما عند اليونان والرومان والجرمان والهنود والعرب ، سواء أكان ذلك فى العهد الذى نشأت فيه التقاليد القانونية ، أم فى المظاهر المتتابعة التى تشكلت بها ، أم فى الوسائل التى عملت على تطورها واتساع أحكامها . غير أن بعض هذه الشرائع اتخذت فى نشوئها وتطورها صبغة سياسية أو وضعية كالقانون الرومانى والقانون اليونانى ، وبعضها استمدت أصولها وعوامل تقدمها من مصادر دينية أو سماوية كالشريعة الاسلامية والشريعة الهندية .

٣ — وكما أن البحث التاريخى يدلنا على مدى التماثل فى تطور الشرائع خلال عصورها المختلفة ، فان البحث المقارن يبين لنا مبلغ التشابه فى قواعد النظم القانونية بين شرائع الأمم المختلفة فى عصر من العصور . فاذا تناول هذا البحث المقارن نظم العصر الحديث كان أداة للوقوف على مواطن الشبه ومواضع الخلاف بين شرائع الأمم الحاضرة ، وعلى قيمة اشتراك العقليات الاجتماعية فى اقرار النظم القانونية وفى تهذيبها ، وعلى مظاهر النقص فى شريعة أمة ما ، من حيث درجة تمشيها مع تطور المدنية الحديثة ، ومن حيث مبلغ ما قدمته من المعونة فى ميدان العلم القانونى العام .

فالقدر الذى يصل اليه كل من البحث التاريخى والبحث المقارن من التوفيق بين قوانين الأمم الحديثة ، والذى يوحى به من سد النقص فى شريعة أمة من الأمم ، هو القدر الذى يؤدى به وظيفته الخطيرة ، وهى توحيد التشريع فى أمم العصر الحاضر ، وهى الدرجة القصوى التى يمكن أن يصل اليها القانون فى

تقدمه وتطوره ، والغـاية التى يجب أن ينشدها الفقه الحديث ، وأن ترمى اليها أساليب البحث فى الشرائع المختلفة .

٤ — ولقد كانت الشريعة الاسلامية من بين هذه الشرائع فى العصور الأولى للاســلام غنية بنظمها ومتانة قواعدها ، كفيلة بضبط علاقات الأفراد وسلوكهم أجيــالا طويلة ، بلغ فى خلالها الفقه الشرعى ذروته من البحث وعمق التفكير ودقة الأسلوب ، سواء فى ذلك القواعد المدنية والأحوال الشخصيــة والمسائل الجنائية . هذا البناء العلمى المتين الدقيق ، الذى كان سائدا على العـالم الاسلامى ينظم أحوال شعوبه ويضبط علاقات أفراده فى عصر كان فيه الظلام ســائدا على العـالم الأوربى خلال القرون الوسطى ، لم ينل نصيبه من البحث والدراسة فى بدء العصور الحديثة ، ولم تتناوله جهود العلماء ورجال القانون بمثل ما تنــاولت به شرائع الرومان والجرمان ، سواء أ كان ذلك من وجهــة الدراسة التاريخية أم من وجهة البحث المقارن . وقد يكون ذلك راجعا الى قلة اهتمام علماء الغرب بأنظمة الشرق وشرائعه ، والى اختلاف اللغة وصعوبة الوصول الى تفهم قواعد الشريعة من ينابيعها الأصــيلة ، وقد يكون ذلك راجعــا الى قعود فقهاء المسلمين عن مثل هــذه الدراسة بأساليبها الحديثة ، وعن اظهار مبادىء الشريعة ونظمها القانونية وأوضاعها العلمية ، وما تمتاز به أزاء الشرائع الأخرى من تهذيب ومرونة ومتابعة للحالة الاجتماعية . وكانت النتيجة الطبيعية لهذا الفتور انقطاع الصلة العلمية القــانونية بين الشرق والغرب زمنا ، وسبات الشريعة الاسلامية أمام نهضات الشرائع الأخرى قديمها وحديثها ، وحرمان الفقه العالمى من مصدر خصب للابحاث التاريخية والمقارنة ، مصدر لايقل فى سعة ميدان نفوذه ولا فى مدى تطوره ولا فى غزارة نظمه ومبــادئه عن القانون الرومانى الذى يعتبرونه قانون العالم الحديث .

٥ — لكن هذه الحال لم يقدر لها أن تستمر أمام انتشار معالم المدنية الحديثة ، وما أحدثتــه من وسائل الاتصال العــالمى اتصالا ماديا وأدبيا ، ومن اتساع فى مناحى البحث وتنوع فى أساليبه ، وما أنتجته من تأثير التفكير الأوروبى فى العقلية الشرقية . وترتب على ذلك كله من وجهة الفقه الاسلامى حركة علميــة مزدوجة ، فمن جهة امتدت أبحاث بعض فقهاء الغرب الى الشريعــة الاسلامية ، وأخذوا يتعرفون أصولها ومبادئهــا ، ومن جهــة أخرى قام فريق من رجال الفقه والقانون فى البلاد الاسلامية ، وعلى الأخص فى مصر منذ مبدأ القرن الأخــير ، بدراســة أحكام الشريعة الغراء واخراج مبادئها فى أسلوب يتفق واتجاه البحث العلمى الجديد ، ومقارنتها بمبادىء الشرائع العالمية الأخرى من رومانية وانجليزية وفرنسية .

وقد اشترك فى هذه النهضة طائفة من علماء الشريعة الذين تفقهوا منذ تربيتهم الأولى فى الدين وأحكامه وتشربت نفوسهم بما بين العقيدة والشريعة من صلة [١] ، وطائفة من رجال القانون الذى نهلوا من المبادىء القانونية العصرية ، ودرجوا على أسلوب الفقه الحديث . ومن المظاهر الجديرة بالاعجاب تلك المجموعة القتية من الرسائل العلمية التى قدمها المصريون من المشتغلين بالعلوم القــانونية فى

---

(١) نذكر منهم حضرة صاحب الفضيلة الأستــاذ الأكبر الشيــخ محمد مصطفى المراغى وله مذكرة جليلة الشأن غير منشورة عن أساليب التشريع الاسلامى وتطوره قدمها لوزارة الحقانية بمناسبة تعديل أحكام الأحوال الشخصية ، ومنهم حضرة صاحب الفضيلة الاستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم بك أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق وله عدة رسائل وأبحاث مقارنة . وفضيلة الشيخ محمود شلتوت من علماء الجامعة الأزهرية وله بعض مقــالات نشرت فى تطور التشريع الاسلامى وتأثير العرف فى أحكامه ، والأستاذ محمد بك الخضرى — كتاب تاريخ التشريع الاسلامى ، والأستاذ أحمد أمين — فجر الاسلام ، وفضيلة الأستاذ عبد الوهاب خلاف — السياسة الشرعية .

أوروبا الى الجامعات الفرنسية ، وكثير منها يحتوى على بحوث جليلة قيمة فى الشريعة الاسلامية على اختلاف فروعها ومواضيعها ، مما كان له أكبر الأثر فى وقوف علماء الغرب على نظم الشريعة الاسلامية وأحكامها ، وفى اظهار متانتها وعمقها بجانب نظم الشرائع الأوروبية .

٦ — وهنا نكاد نلمس الوسيلة السامية الفعالة للكشف عن أسرار الشريعة الاسلامية ، وابراز مبادئها فى ثوبها العصرى ، ووضعها فى المستوى الجدير بها بين الشرائع الأخرى ، تلك الوسيلة التى يجب أن تتوفر وأن تقوى فى البيئة العلمية الاسلامية على وجه عام ، والتى يجب أن نعمل على توفرها وتقويتها فى البيئة العلمية المصرية على وجه خاص ، وهى تفقه رجال القانون فى علوم الشرع الاسلامى من جانب ، ووقوف علماء الشريعة على مبادىء القانون العصرى وأساليب بحثه من جانب آخر . فاذا تم تبادل الثقافتين الدينية والمدنية ، وامتزاج العقليتين الشرعية والقانونية ، جاءت الجهود متضامنة والمعونة مزدوجة ، وقامت الصلة بين الشريعة والقانون ، وأخذ الفقه الاسلامى مكانه فى العلم القانونى الحديث .

مقدمة

١ — أهمية هذه المادة ، ٢ — منهاج الدراسة

— ١ —

يشمل التاريخ القانونى دراسة الحالة الأولى التى نشأت فيها الشرائع القديمة وتكونت فيها المبادىء أو النظم القانونية ، والوقوف على التطورات التى مرت بها تلك الشرائع والنظم ، والتعديلات المختلفة التى أصابتها فى خلال العصور المتعاقبة حتى وصلت إلى حالتها الحاضرة . فنتبين من هذه الدراسة مقدار الأثر الذى أحدثته القوانين القديمة فى تكوين الشرائع الحالية ، وقيمة الميراث القانونى الذى آل إلى الأمم الحديثة من الأجيال السالفة ، ونقف على الصلة القائمة بين الماضى والحاضر .

وقد أصبح لهذا النوع من الدراسة المكان الأول فى الأبحاث القانونية الحديثة ، ولم يزدد علماء القانون الااعترافا بما له من قيمة كبرى فى أنواع الدراسة القانونية عامة .

١ — فهو أداة لتفهم الشرائع والمبادىء القانونية الحالية . لأن القانون فى أى عصر من العصور وفى أى شعب من الشعوب ، لم يكن حادثة من حوادث المصادفة ، أو نزعة عرضية من نزعات المشرع ، وإنما هو وليد ظروف التاريخ وثمرة تطور المجتمع ، ونتيجة لعوامل مختلفة من سياسية واقتصادية ودينية وفكرية متصلة الحلقات متدرجة مع سنة التقدم الانسانى ، والبحث فى هذه الظروف والعوامل والتطورات يمهد استيعاب الشرائع والنظم فى حالتها الأخيرة

التى وصلت اليها . وفى نظر بعض المؤرخين [١] أن المبادى القانونيــة فى عهدها الأول بالنسبة لعلم القانون تماثل طبقات الأرض الأولى بالنسبة لعلم الجيولوجيا ، تلك الطبقات التى كانت تحتوى على جميع القوى الكامنة التى شكلت الكرة الأرضية بعد ذلك فى اشكالها وطبقاتها المختلفة [٢] .

٢ — وهو عامل من عوامل الثقافة الاجتماعية . لأن لكل عصر ولكل شعب نظما قانونية تتناسب — فى درجتها من الرقى والانحطاط — مع المستوى

---

(١) Sir Henry Sumner Maine, Ancient Law, 1920, p. 2.

(٢) وتأييدا لهذه الفكرة نجد فى شرائع العهد الحديث نظامى الحق العينى والحق الشخصى Droit personnel, Droit réel ، أما الأول فهو حق منصب على العين أو الشىء الذى يتعلق به ، كحق الملكية وحق الانتفاع ، وهو فى معظم الحالات يتناول بسلطانه هذا الشىء من أكثر جوانبه من استعمال واستغلال وتصرف ، فهو يكاد يمتزج بالشىء ذاته وينتسب اليه عند تسميته ولذلك قيل حق شيئى أو عينى ، وهذا يتفق مع حالة القانون الرومانى فى عهده القديم حين لم يكن من الحقوق العينية الا حق الملكية وحين كان حق الارتفاق أو الانتفاع مساويا لحق الملكية فى مدى سلطانه على الشىء الخاضع له . وأما الحق الشخصى وهو فى العصر الحديث الحق الذى يتصل بذمة المدين ولو أنه قد يتعلق بشىء ما بل وينفذ على مال المدين ، كدين بمبلغ من المبالغ ، فلا تفهم حكمة تسميته هذه على وجهها الصحيح الا اذا رجعنا الى العهد القديم حين كان حق الدين عند الرومان يجعل للدائن على شخص مدينه سلطة المالك على شيئه بحيث يستطيع اذا لم يوف بدينه أن يستخدمه ويستعبده أو يبيعه أو يقتله ، فهو فى القديم حق منصب على الشخص يتناول بسلطانه هذا الشخص من كل جوانبه كما يتناول الحق العينى العين من كل جوانبها ، ولذلك أطلق عليه اسم الحق الشخصى ازاء ما أطلق عليه اسم الحق العينى ، واستمر هذا الاصطلاح الى عهدنا الحالى - أنظر كتابنا مبادىء القانون الرومانى ص ٢١٤ - وكذلك كتاب الاستاذ كيك Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains p. 326 et 364. وتأييدا لهذه الفكرة كذلك يراجع ما أثبته الاستاذ هولمز فى كتابه من أمثلة للمبادىء القانونية الحديثة التى لم تكن الا تهذيبا للنظم الفطرية فى العصور القديمة . ومن هذه المبادىء الفطرية المبدأ الذى يقرر مصادرة الآلات التى استعملت فى ارتكاب الجريمة ولو كانت ملكا لغير المجرم الذى استعملها ، وهو مبدأ يرجع الى أن العقوبة فى القديم كانت مبنية بل مقصورة على الانتقام من العامل الذى أحدث الضرر سواء أكان انسانا أم حيوانا أم جمادا O. W. Holmes, The Common Law, p. 7

الاجتماعى الذى وصل اليه . فالقانون هو المظهر الاجتماعى لأى أمة من الأمم ، يتأثر بمؤثراتها قوة وضعفاً ، وتمتد اليه أسباب حياتها وعوامل فنائها . ففى دراسة تاريخها القانونى دراسة لحالتها الفكرية ، وتتبع لادوار حياتها الاجتماعية .

٣ — وهو مقياس لفضل الشعوب السالفة على الأمم الحديثة . فان تاريخ الانسانية يبرز لنا حقيقة ثابتة ، وهى أن المجتمع الانسانى مدين بقانونه وفقهه الى من تقدمه من الأمم ، وأن القانون لا تفنى مع الزمن مادته ، بل تنتقل من عصر الى عصر ومن شعب الى شعب ، بما ينالها من نماء أو بما يصيبها من تعديل . فمهمة التاريخ القانونى أن يبين فضل كل أمة على أخرى فى هذا الميدان العام ، ومقدار المعونة التى قدمها كل شعب من الشعوب الخالية الى أمم العصر الحديث .

٤ — وهو بالنسبة لمصر ذو قيمة خطيرة . فقد كان لها نصيب من أكثر الشرائع التاريخية الكبرى ، اذ بعد أن كان لمصر فيما مضى نظام قانونى أصيل ، أصبحت الى حد ما خاضعة للقوانين اليونانية [1] ، وبعد ذلك سادت فيها القوانين الرومانية ، ثم خضعت للشريعة الاسلامية. ومعظم قوانينها الحالية مستعارة من القانون الفرنسى المستمد من القانون الرومانى ، ولايزال لكثير من الشرائع العصرية المختلفة دائرة من النفوذ فى مصر فوق ما تقدم . ومن المفيد أن نعلم تاريخ هذه الشرائع حتى نحدد مركز مصر من الوجهة القانونية .

— ٢ —

ليس الغرض من هذه المادة بيان التقاليد والقواعد القانونية التى كانت سائدة فى الشعوب الماضية ، وانما هو دراسة القانون فى مظاهره المختلفة وفى مراحل تطوراته السابقة ، وبعبارة أخرى درس الأحوال التى نشأت فيها القواعد

---

(١) انظر دارست — ابحاث تاريخية — الجزء الأول ص. ١٠
Dareste, Etudes Historiques, T.I. p. 10

القانونية ، و المؤثرات التى بعثت على تهذيبها و انتشارها ، وتتبع الصلة التى تربط الفكرة القانونية فى عهدها الأول بها فى العصر الحديث . ولا تتناول تفصيل التقاليد القانونية فى العصور السابقة الا عرضا وعلى سبيل الاستشهاد وبمقدار ما تقتضيه الضرورة لهذه الدراسة .

وهى على قسمين : — قسم خاص بتاريخ الشرائع القانونية (١) ، وقسم خاص بتاريخ النظم أو المبادىء القانونية (٢) . فالقسم الأول يبحث فى تكوين الشرائع فى العصور القديمة وتهذيبها وانتشارها فى البلاد ، والقسم الثانى يدرس أصول النظم القانونية التى نشأت فى هذه الشرائع و التطورات التى وصلت بها الى حالتها الحاضرة .

وسيكون القسم الأول موضع العناية فى هذا الجزء وهو يشتمل خمسة أبحاث :

البحث الأول — بحث عام مقارن فى تكون الشرائع القديمة ووسائل تطورها .

البحث الثانى — تكون القانون الرومانى وتقدمه وانتشاره فى أوروبا ، وهو مايسمى فى العصر الحاضر بالشريعة اللاتينية (٣)

البحث الثالث — نشأة القانون الأنجليزى وتطوره وانتقاله الى أمريكا الشمالية والمستعمرات البريطانية ، وهو مايسمى بالشريعة الانجلوسكسونية (٤) .

---

(١) Systèmes Juridiques

(٢) Institutions Juridiques

(٣) Système Latin

(٤) Système Anglo-saxon

البحث الرابع — ظهور الشريعة الاسلامية وتهذيبها وانتشارها فى البلاد الاسلامية والشرقية [١] .

البحث الخامس — تاريخ القانون المصرى وسيادة الشرائع المختلفة على مصر فى العصور السابقة وفى العصر الحالى .

أما القسم الثانى فهو يتناول تاريخ نظام الأسرة ، ونظام الملكية ، ونظام التعاقد ، ونظام التوريث ، ونظام التقاضى ، ونظام العقوبات [٢] .

---

(١) Système Islamique

(٢) هذا القسم خارج عن الدراسة فى أبحاث هذا الكتاب وسنفرد له جزءا خاصا ان شاء الله :

البحث الاول
نشوء الشرائع وتطورها
بحث عام مقارن

تمهيد

العصر الحديث

اذا ألقينا نظرة عامة على القوانين الحاضرة فى مصر وأوروبا ، وجدنا أن القواعد القانونية موضوعة فى نصوص رسمية محدودة وفى مجاميع قانونية [١] مرتبة ومقسمة فى نسق علمى ، تبين حقوق كل فرد وواجباته ، وتضبط سلوكه ومعاملاته . وكل فرع منها قائم على حدته فى مجموعة خاصة به ، كالقانون المدنى والقانون التجارى وقوانين العقوبات والمرافعات .

والى جانب هذه المجموعات القانونية نظام حكومى يقوم بخدمة هذه القوانين ، وذلك بتعديلها واصلاحها ، و بتطبيقها وتفسيرها ، وبحمل الناس على احترامها وتنفيذها . وهذا النظام الحكومى مكون من ثلاث سلطات أساسية ، السلطة التشريعية التى تقوم بسن القوانين واصدارها ، والسلطة القضائية التى تتولى تفسير نصوصها وتطبيقها على الحالات الفردية المعروضة عليها ، والسلطة التنفيذية التى تعمل على تنفيذ القوانين والأحكام القضائية على الأفراد رغما عنهم .

و يحيط بهذا النظام مبادىء عامة أساسية ، تتلخص فى أن كل قانون صادر من الجهة المختصة باصداره يكون ملزما لكل فرد و يجب عليه اتباعه ، وأن كل

---

(١) Codes .

حكم قضائى يجب أن يكون بناء على نص قانونى ومتى صدر كذلك وجب احترامه وتنفيذه جبرا على من صدر عليه ، وان كل عمل ادارى يجب أن يكون مطابقا لمبادىء القوانين ونصوصها .

العصر القديم

هذه الحالة التى وصفناها باعتبارها نظام القوانين فى العصر الحاضر لم تكن قائمة فى جميع العصور التاريخية السالفة ، بل وصلت الى هذه الصورة بعد تطورات سابقة عديدة ستكون موضوع الدراسة المقبلة .

وقد نجد اذا بحثنا فى تاريخ الأمم القديمة ذات الشرائع الهامة — كاليونان والرومان — وفى نظمها القانونية التى كانت سائدة فى الأزمنة الغابرة ، ان أوضح مظهر وصلت اليه الأبحاث التاريخية منها ، كان فى صورة قانون مدون ، مثل قانون « صولون » اليونانى الذى وضع فى مبدأ القرن السادس قبل الميلاد ، وقانون « الألواح الاثنى عشر » الذى دونه الرومان فى منتصف القرن الخامس قبل الميلاد.

غير أنه لا شك فى أن عهد هذه المجموعات القانونية المدونة ، التى كان اكتشاف فن الكتابة من أهم البواعث على وضعها ، لم يكن العهد الأول من تاريخ الشرائع القديمة ، وأن حوادث تاريخية تقدمت هذا العهد ، وأدوارا أخرى سبقت هذا الدور ، كانت فيها حالة الشرائع فى مظاهر غير هذا المظهر ، بل لابد أن تقدم هذه الأدوار المختلفة عصر كان فيه المجتمع الانسانى على حالة فطرية لا يخضع لقانون ولا يسود فيه نظام .

وسندرس فى فصول هذا البحث كيف كانت حالة المجتمع الانسانى فى عصوره الفطرية ، وكيف تكونت فى هذا المجتمع فكرة القانون باعتبارها قاعدة ملزمة للناس فى سلوكهم ومعاملاتهم ، ونتتبع العوامل المختلفة التى ما زالت بهذه الفكرة تغذيها وتنميها وتهذبها من عصر الى عصر ، حتى بلغت بها الى الدور

الأخـير ، وهو وضعهـا فى قانون مدون منشور على النـاس ، ثم ندرس الوسائل والظروف التى أفضت الى تقدم هذا النظام واتساعه . و بنـاء على ذلك سيتناول بحثنـا فى الفصل الأول حالة المجتمع فى عصوره الفطرية ، وفى الفصـل الثـانى نشوء فـكرة القانون ومظاهرها المختلفة ، وفى الفصل الثالث وسائل تطور القانون فى الأمم القديمة .

الفصل الأول

حالة المجتمع فى عصوره الفطرية

١ — الحالة الاجتماعية فى العصر الفطرى ٢ — الحالة القانونية .
٣ — آثارها فى العصور التالية .

اتجهت عناية الباحثين فى التاريخ القانونى الى استجلاء الحالة الأولى التى كانت عليها الجماعات البشرية فى عهدها الفطرى ، قبل أن تنشأ فكرة القانون بين الناس ، وقبل أن تخضع نفوسهم لقواعد معينة تحدد سلوكهم و تضبط ما بينهم من العلاقات .

ولا شك أن مثل هـذا البحث مما ساعد على إدراك المظاهر الأولى التى برزت بها فكرة القانون فى المجتمع الانسانى ، وعلى تفهم المبادىء والتقاليد القانونية التى كانت سائدة فى كثير من الشعوب القديمة بصورة متشابهة خلال العصور الأولى من مدنيتها .

ولن يخلو من الفائدة العلمية أن نتلمس على ضوء الدلائل التاريخية التى وصلت إلينا حقيقة تلك الحالة الفطرية من وجهتيها الاجتماعية والقانونية ، وأن نستعرض بعد ذلك بعضا من الآثار العديدة التى تخلفت عن عهد الفطرة فاحتفظت بها الأمم القديمة فى قوانينها .

— ١ —

الحالة الاجتماعية

ونبادر بالاشارة من الآن الى أن المعلومات التى وصل اليها المؤرخون فى هذا الصدد لا تزال ضئيلة غير كافية للانتهاء بها إلى حكم صحيح عن تلك الحالة ، بل

تنتهى بهم الى غموض والى تضارب فى الآراء :

يعتقد البعض منهم أن القبيلة كانت أول خلية اجتماعية وجدت فى الجنس البشرى ، وانها كانت جمعا من الأفراد ضمتهم المصادفة أو الضرورة للتعاون فى اتقاء الاخطار ، دون أن تشملهم صلة عامة أو تربطهم قرابة ، ودون أن يخضعوا لقيد — سوى القوة — فى أمورهم ، ولا لضابط فى علاقاتهم الجنسية ، بل كانت النساء مشاعا للرجال ، والولد لا ينسب لغير أمه (١) . ثم انتقلوا من هذه الحالة الوحشية الى حالة اجتماعية أرقى درجة ، بأن استأثر الرجل بزوجه أو أزواجه ، وضم اليه أخوته وأولاده ، واستقل بعائلته أو عشيرته فى أمور حياته ، فحلت جماعة الأسرة محل جماعة القبيلة .

وهذا الرأى يطابق ما ذهبت اليه فئة من الباحثين فى طبائع النوع الانسانى من أن الجماعات البشرية فى أوائل عهدها كانت فى حالة اباحية ، ومن أن عهد الزواج الفردى السائد فى العصور الحديثة جاء بعد عصر سابق عليه فى الانسانية ساد فيه نظام — أو بعبارة أدق فوضى — زواج الجماعة (٢)

ولكن فريقا راجحا من الباحثين فى تاريخ الأجناس البشرية وفى طبائع الانسان ينبذ هذه الفكرة ، التى تضع النوع الانسانى فى أول عهوده فى مرتبة الطبقات الدنيا من النوع الحيوانى بل أحط منه مرتبة ، والتى تتجاوز أقصى ما قد

---

(١) راجع Declareuil فى رسالته المنشورة بالمجلة الفرنسية :

La Justice dans les coutumes primitives, Nouvelle Revue Historique, 1889, p. 155 et s.

وهو يستند على آراء بعض باحثى الالمان وغيرهم مثل بوست Post وباخوفن Bachofen ، ويستدل على صحة هذا المذهب بقوله ان المبالغة الحالية فى حرية الاختلاط الجنسى فى بعض جهات السلاف ربما كانت من ذكريات ذلك العهد الاباحى الغابر .

(٢) وهو ما يسمى group marriage — راجع Pollock, Notes on Ancient Law, 1920, p. 177.

بلغه الرجال من درجات الوحشية فى بدء الحياة الانسانية [١] .

و يرى هذا الفريق أن الوحدة الاجتماعية الأولى انحصرت على وجه عام فى جماعة أضيق دائرة من جماعة الرأى الأول وأمتن اتصالا ، وهى الأسرة ، تربطها صلة الدم وعاطفة القرابة ، وتضم أفرادها فكرة الخضوع والطاعة لأب أو جد واحد ، هو صاحب الكلمة فيهم ، والمتصرف فى شئونهم ، سواء أ كانت هذه الصلة العائلية حقيقية بالتناسل ، أم اعتبارية بتبنى الغريب واقتناء الرقيق وحماية النزيل . ثم اتسعت هذه الدائرة بمرور الزمن وازدياد النسل حتى صارت عشيرة مكونة من عدة أسرات ترجع الى أصل واحد ، ثم تكونت القبيلة — متنقلة كانت فى حياتها أم متوطنة — من جمع من العشائر . بحيث يصح القول مع بعض المؤرخين [٢] ، بأن الأمم القديمة كانت تعتبر كل أمة منها منتسبة الى أصل مشترك ومنتمية الى جنس واحد . وأن صلة الدم حقيقية أم افتراضية كانت الباعث الفطرى والأساس الوحيد لتكوين الجماعات السياسية القديمة .

و يعتمد اصحاب هذا المذهب على دلائل تاريخية متعددة ، منها ما ورد فى الكتب العبرية عن بيان العشائر الفطرية التى تكونت كل منها بالتناسل من أصل واحد [٣] ، ومنها ما أشارت اليه أساطير اليونان القدماء فى وصف حالة

---

(١) راجع فى هذا المعنى Maine, Early Institutions, p. 64 et s.
Pollock, Notes on Ancient Law, p. 180 et s.
Lang, the Secret of the Totem, cité par Pollock, op. cit., p. 177.
Fowler, the City State, p. 28 et s.

(٢) راجع كتاب الاستاذ مين Ancient Law, p. 136 وكتاب الاستاذ Freeman Comparative Politics, p. 103.

(٣) من ذلك عشيرتا يعقوب وعيسو ولدى اسحاق ، وقد تكون من كل منهما شعب كامل . راجع العهد القديم من الكتاب المقدس الذى نشرته جمعية التوراة البريطانية — سفر التكوين — الاصحاح الخامس والعشرين وما بعده .

الشعوب التى كانت تعتبر أقل من بلادهم مدنية وأقرب منها الى العهد الأول[١]، ومنها الأقوال المأثورة عن فلاسفة الزمن الغابر من أن الأسرة كانت الأساس الأول الذى قامت عليه الجماعات فى القديم[٢]، ومنها على الأخص الآثار الفطرية العديدة التى بقيت فى أنظمة القبائل الآرية والسامية[٣] بعد أن تقدمت مراحل بعيدة عن الحالة الانسانية الأولى، والتى تدل بجلاء على الوضع العائلى الذى انتظمت فيه المجتمعات فى حالة الفطرة .

— ٢ —

الحالة القانونية

فاذا نظرنا الى هذه الجماعة الفطرية من الوجهة القانونية، لنقف على الأسلوب الذى كانت تحدد به صلاتها وعلاقاتها فيما بين أفرادها من جهة، وفيما بينها وبين الجماعات أو العشائر الأخرى من جهة ثانية، وجدنا أنها قائمة على فكرتين : كلمة رب الأسرة أوالعشيرة بين أفرادها، ومجرد القوة فى صلاتها الخارجية .

ففى دائرة الجماعة يخضع أعضاؤها مع من يلحق بهم من الرقيق والخدم والنزيل لسلطة رب الأسرة أو رئيس العشيرة، وهى سلطة مطلقة تمتد إلى أرواحهم وأموالهم، وهو فوق ذلك يدير شئون الاسرة، ويتولى أمورها أمام الجماعات الأخرى فيطالب بحقوقها ويوفى بعهودها، ثم هو الذى يقضى بين

---

(١) أبيات الشاعر اليونانى هومر فى الاوذيسية عن أهل جزيرة صقلية القدماء : «ليس لهم مجالس للشورى ولا أحكام الهية themistes، وليس لاحد اعتبار فى نظر الآخر ويتولى كل منهم الحكم على أزواجه وأولاده » .

(٢) قال بذلك أرسطو الفيلسوف اليونانى واستشهد به كل من الاستاذين بولوك وفولر السابق ذكرهما .

(٣) سيأتى ذكر بعضها فيما بعد .

الخاضعين لسلطته بما يشاء عدلا كانت مشيئته أم عسفا ، فكلمته هى قانون الأسرة .

أما خارج دائرة العشيرة — أى بالنسبة لصلاتها مع العشائر الأخرى — فلا حكم الا للقوة ، ولا يعترف بحق الغريب عن الأسرة ، بل هو عدو « يحل قتله كما يحل قتل الوحش الضارى » [(١)] ، لذلك لم يكن الاعتداء على شخص الغير أو على ماله جريمة ، ولا يجر على صاحبه وزرا ولا عارا ، بل كان السلب مسلكا شريفا ، والاغارة مبعثا للفخر ، والانتقام واجبا تحتمه المروءة .

كانت كل عشيرة كتلة واحدة مستقلة عن الأخرى ، بحيث أن ذوات الأشخاص فيها تفنى فى ذات عشيرتهم ، فبينما وحدة المجتمع فى العصور الحديثة هى الفرد مستقلا بحقوقه وبمسئولياته ، فان وحدة المجتمع فى العصور الأولى كانت الأسرة أو العشيرة ، تتولى حراسة أعضائها وأموالهم والأخذ بثأرهم ، وتتحمل نتائج أعمالهم . ولذلك يعيشون على تضامن كامل أبدى فى الحق وفى الواجب أمام العشائر الأخرى ، لكل منهم أن يطالب بحق أخيه أو بثأره ، وعلى كل منهم تقع مسئولية أخيه أو تبعة جرمه .

قلنا أن الحكم للقوة فى علاقات الأسر والعشائر المختلفة ، فالقوة هى التى تحسم كل نزاع بينها مهما كان نوعه ، وهى التى تحمى الحق بل تخلقه ، لأن تقدير الحق أو الواجب مبنى على قوة الخصم أو ضعفه ، دون التفريق فى ذلك بين أمر مدنى وأمر جنائى [(٢)] ، بل كان كل اعتداء على حق جريمة ، لأنه اهانة لصاحبه شأنه شأن الاعتداء على النفس أو على المال ، يدفع المعتدى عليه وعشيرته الى الانتقام ، والانتقام اذا بدأ فلايعرف له حدا ، وقد ينتهى الى حرب لارحمة فيها .

---

(١) Maine, Early Institutions, p. 64.

(٢) Declareuil, op cit., p. 164

هذه الحالة الخلقية كانت تتفق مع معيشة القوم وعقليتهم فى حياة لا تعرف لها من ضابط غير القوة ، اذ أن كل عشيرة فى عزلة عن الأخرى وليس لديها من الوسائل لبقائها سوى الاعتماد على النفس والأهل ، وهذه الوسيلة وتلك العزلة تستلزمان نشاطا مهما تنوعت مظاهره ومهما اشتد عنفه فهو أمر طبيعى مادام حافظا لوجودهم و رافعا لشأنهم .

فلم يكن للعدالة فى تلك العصور الفطرية من أساس خلقى ، بل كانت قائمة على المصلحة المادية المعززة بالقوة ، يقتص بها الخصم من خصمه ، و ينال بها من أموال عدوه مايراه عوضا عما أصابه . غير أن هذه المصلحة المادية قد تقضى على الخصمين بعدم الالتجاء الى القوة ، سواء للأخذ بالثأر من المعتدى وعشيرته ، أو لرد انتقام المعتدى عليه وعشيرته ، خوفا من الهزيمة أو اجتنابا للحرب ، فتلجأ عشيرة المعتدى أحيانا الى التخلى عنه أو الى تسليمه لأهل المصاب بدلا من المقاومة ، وتكتفى عشيرة المعتدى عليه أحيانا بالصلح على تعويض أو دية بدلا من أخذ الثأر أو الحرب .

وهنا نصل الى خطوة جديدة ارتقت بها الجماعات الفطرية عن المستوى الوحشى الأول ، ودفعتها اليها الطبيعة البشرية ، وهى الالتجاء الى التحكيم فى فض النزاع بين العشائر ، فقد يكون التصالح بين الخصمين دون واسطة ، خشية القوة الغاشمة و اتقاء للحرب ، و قد يكون التصالح بناء على تدخل و سيط و نصحه لهما بالتزام السلم ، وانتهى التدرج الى فكرة الاحتكام الى ثالث يرجع اليه الخصمان للفصل بينهما فى الأمر ، فحل الحكم محل الوسيط ، وألف الناس الاحتكام فى أغلب الأحوال الى شيوخ العشائر و رؤسائها (١) .

---

(١) Maspero, Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient, p. 495.
ونجد مثل ذلك فى القبائل السرية الآن .

ثم تنوعت طرق التحكيم بين الناس بما يتفق مع عقليتهم ودرجة تفكيرهم، كالاحتكام الى مهارة الخصمين الفنية[1]، أو الى مجرد المصادفة[2]،لفصل النزاع

غير أن هذه الخطوة الجديدة لم تغير من طبيعة الاسلوب الفطرى فى تحديد الصلات الاجتماعية ، فلا زال الأمر للقوة ، وانما خفت وطأتها ونظم استعمالها نوعا ما ، ولكنها بقيت الملجأ الأخير اذا لم يرض أحد الخصمين بنتيجة التحكيم . وصارت جهة الاستئناف العليا يرجع اليها الخصم لفض النزاع مع خصمه .

هذه الحالة التى تقوم على الصلة العائلية ، وتسود فيها القوة دون الحق ، نشأت بطبيعة الأمور فى كل شعب قديم ، فهى حالة شاملة عامة على الجماعات الفطرية ، عدا جماعات شاذة . ومن الخطأ أن يظن أن الأمم القديمة اختلفت حالتها الاجتماعية الأولى باختلاف اجناسها ، بل كانت جميعا فى نشأتها وفى بدء نموها تواجه ظروفا أو أخطارا متماثلة ، فاهتدت فى معالجتها أو اتقائها الى أساليب متماثلة ، أوحت بها مجرد الفطرة وبعث عليها الحرص على النفس والأهل ، فتأصلت فى القلوب الى درجة صعب معها اقتلاعها رغم تطور المجتمع وارتقاء التفكير وتهذيب النفوس ، حتى بقيت آثار منها خطيرة فى نظم العصور التى

---

(١) Declareuil, op. cit. — يستفاد من بعض الاشعار اليونانية التجاء الخصمين الى مساجلات غنائية يكون المنتصر فيها صاحب الحق .

وكذلك تشير الاساطير المسماة Eddas المأثورة عن القبائل الجرمانية القديمة والتى لم تدون الا حوالى القرن الحادى عشر ، الى مساجلات شعرية قد تنتهى بقتل المهزوم فيها . وتأييدا لهذه الفكرة ورد فى كتاب مبادىء الاجتماع Princ. de soc. للعالم هربرت سبنسر جزء ٤ صفحة ٤٢٣ أن المتعدى عليه فى « جرينلاند » قد يطلب خصمه الى معركة غنائية ومن يبقى أخيرا يكسب الدعوى .

(٢) من ذلك ما رواه المؤرخ Strabon وأشار اليه Delarueil بأن بعض قبائل الغول كان الخصمان يعرضان قطعا من عجين الخبز فى مكان معين ، حتى اذا جاء اليها غرابان من لون خاص وأكلا احدى القطعتين فصاحب القطعة الباقية هو صاحب الحق .

تلت ذلك العصر الفطرى وحتى صارت جزءا من تقاليدها ومبادئهـا القانونية .

— ٣ —

آثارها فى العصور التالية

ولنأت الان ببعض هذه الآثار فى قوانين الامم القديمة أو المتأخرة ، وهى تقاليـد لا يمكن تفسيرها الا بأنها من بقايا الوضع العائلى الأول وحـكم القوة الفطرى ، وهى فى ذاتها دلائل على حالة المجتمع فى عصوره الأولى .

فمن الآثار التى تخلفت عن حالة الأسرة الفطرية : السلطة الأبوية ، وعبادة الأجداد ، والتضامن العائلى فى بعض الحقوق والواجبات .

وقد كانت السلطة الأبوية (١) نظاما عاما فى اكثر الشرائع القديمـة وان اختلف مداها باختلاف حالة كل شعب ، كما فى شعوب الرومان واليونان (٢) والهند وقبائل الجرمان (٣) ومصر (٤) . وتمتاز شريعة الرومان بانها تقدم لنا مثلا من النظام العائلى والسلطة الابوية هو أكبر وضوحا وأعمق أثرا منه فى أية أمـة أخرى ، وقد كانت سلطة رب الأسرة الرومانية فى العهد القديم مطلقة تتناول أموال أعضائها وارواحهم ، ثم خفت بالتدريج وطأتها حتى انتهت الى الاعتراف بالشخصية القانونية للابن أمام أبيه وللزوجة بجانب زوجها ، ولـكن هـذه السلطة كانت شد متأصلة فى نفوس الرومان حتى استنفدت نحو ألف عام لاستئصالهـــا .

وعبادة الأجداد (٥) من أقدم انواع العبادات الفطريه ، استمرت باقية فى

(١) Patria potestas

(٢) Lee, Historical Jurisprudence ص ١٨٣ .

(٣) Maine, Ancient Law ص ١٤٢ .

(٤) شرح القانون المدنى للاستاذ صادق بك فهمى ، المقدمة ص ١٢٢ .

(٥) Culte des Ancêtres

كثير من الشعوب بعد أن قطعت جزءا من مراحل التقدم الاجتماعى ، ذلك كان شأنها فى اليونان وروما وفى الهند [١] ومصر [٢] ، وهى تبين لنا مابلغه الأب أو الجد من السلطان على أفراد أسرته أثناء حياته ، ومن الاحترام فى نفوسهم احتراما يصبح تقديسا له وعبادة بعد وفاته .

أما التضامن العائلى [٣] ، وهو الذى يجعل الأسرة كتلة واحدة ايجابا وسلبا ، يشترك جميع أعضائها فى الحقوق ويلتزم كل منهم بمسئولية الآخر ، فقد بقيت بعض مظاهره فى كثير من الشرائع القديمة . من ذلك فى التضامن الايجابى أن المطالبة بالقصاص من القاتل أو بدية القتل كانت لأهل القتيل وأولياء دمه ، كما كان ذلك فى اليونان وبلاد الاسكندناف [٤] وفى قبائل عرب الجاهلية ، وأن الخاضعين لسلطة رب الأسرة فى روما ، وهم الذين يعدون فى الدائرة الأولى من الورثة [٥] تؤول تركته الى ملكيتهم بمجرد وفاته دون استلزام صدور القبول منهم ، وقد كانوا يسمون « ورثة أنفسهم [٦] » وكأنهم شركاء رب الأسرة فى ماله أثناء حياته .

ومن ذلك فى التضامن السلبي أن المسئولية عن الدية واقعة على عشيرة القاتل لا عليه وحده [٧] ، وأن المدين فى اليونان قبل قانون « صولون » كان عليه أن يسلم الى الدائن زوجته وأولاده وفاء لدينه والا استعبده [٨] ، وان ورثة المدين عند

---

(١) Notes, Pollock ص ١٧٧ .

(٢) Etudes Historiques Dareste جزء أول ص ٢ .

(٣) Solidarité Familiale

(٤) Declareuil, op. cit. ص ١٧٢ .

(٥) وهم دائرة المنزل domus .

(٦) heredes sui — راجع جيرار Girard, Droit Romain ص ٢٧٢ ، ٨٣٨ .

(٧) وكذلك فى عهد الجاهلية عند العرب - تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٥٦

(٨) Declareuil, op. Cit. صفحة ١٨١ هامش ١ .

الرومان القدماء مسئولون عن جميع ديونه ولو فاقت قيمة التركة [١] .

بقى علينا أن نشير الى بقايا عهد حكم القوة ، حيث يقتص المعتدى عليه نفسه أو عشيرته من الجانى و يأخذ الخصم بيده مايزعمه من حق على خصمه، فقد تخلفت عنه آثار عديدة فى الشرائع الماضية ، ولا زال بعضها باقيا فى بعض قبائل العصر الحديث . أما فى الشرائع الماضية فان القصاص والدية والتخلى عن المجرم واسترقاق المدين وارتهان أمواله والمبارزة ، كلها نظم قانونية من بقايا العصور الفطرية .

فالقصاص [٢] هو الأذى الذى يصيب المجرم بمثل ما اعتدى ، فان كان قتلا قتل وان كان جرحا جرح . وهو انتقام فردى يتولاه المجنى عليه أو عشيرته على الجانى وعشيرته ، ولكنه انتقام منظم محدود حتى لايؤدى الى خطر الحروب بين القبائل كما كان شأنه فى العصور الفطرية . وقد ازداد هذا الخطر وضوحا فى المجتمع بازدياد نفوذ السلطة الحاكمة أو بنمو العاطفة الدينية ، فوضعت حدودا يقف عندها الانتقام الفردى ، ومن هذه الحدود مبدأ القصاص الذى يقضى بأن يكون الثأر على قدر الجرم ، عين بعين وسن بسن . وهو ما نجده فى الشرائع العبرية واليونانية والجرمانية والرومانية القديمة [٣]

ونظام الدية [٤] هو أن يدفع الجانى أو عشيرته مبلغا من المال لعشيرة المجنى عليه ثمنا لانتقامه وتهدئة لثائرة غضبه وافتداء من عدوانه ، و يقبله المجنى عليه

---

(١) جيرار ص ٨٣٩ .

(٢) la loi du talion .

(٣) كان القانون الرومانى يترك للمجنى عليه فى جريمة فصل أحد أعضائه حق القصاص بنفسه من الجانى — راجع مبادىء القانون الرومانى — ١٩٣١ ص ٢٢٥ ؛ ونظام القصاص قائم فى الشريعة الاسلامية ، وكان محتفظا به فى القانون الجنائى العثمانى الصادر فى سنة ١٨٥٨ مادة ١٧١ ، وببعض آثاره فى القانون الجنائى المصرى المختلط الصادر فى سنة ١٨٧٥ مادة ٢١١

(٤) Wergeld, Composition. — وقد كان سائدا فى الشعوب الهندية والرومانية والجرمانية والعربية .

أو عشيرته اكتفاء عن الاقتصاص لنفسه وعن المخاطرات بالحرب مع عشيرة الجانى . ولم تكن الدية فى مبدأ أمرها الا وسيلة اختيارية لدرء استعمال القوة بين الخصمين ، وعلاجا وقتيا لعلاج الحرب بين العشيرتين ، فاذا لم يقبل الجانى دفع الدية وثوقا بقوته فى مقاومة المجنى عليه ، أو اذا لم يرض الأخير بالدية حرصا منه على الاخذ بثأره (١) ، عادت الحال الى فطرتها وصار الحكم للقوة . فلما قوى نفوذ السلطة العامة من جهة ، وثبت فى الرأى العام وجوب اتقاء العنف والاضطراب من جهة أخرى ، تحددت مبالغ الدية عن الجرائم بحيث أصبح الجانى ملزما بدفعها والمجنى عليه ملزما بقبولها بدلا عن الثأر (٢)

ونظام التخلى عن المجرم (٣) مثل واضح من آثار الانتقام الشخصى ، وهو ان تسلم الأسرة أو العشيرة المعتدى من أعضائها — سواء أكان ولدا أم رقيقا أم نزيلا — الى المجنى عليه اذا لم تشأ دفع دية جريمته أو تحمل مسئولية اعتدائه ، وبذلك يترك المعتدى تحت رحمة صاحب الحق يقتص منه بما يرضى عاطفته .

بل لم يكن هذا النظام مقصورا على الانسان المعتدى ، وانما كان فى بعض الشرائع القديمة شاملا لما أصاب الغير بأذى ولو كان حيوانا أو جمادا ، لأن حكم القوة أو الانتقام لا عقل له . فاذا أصابت دابة شخصا بضرر عند الرومان وجب على صاحبها تعويض المصاب أو ترك الدابة اليه (٤) ، واذا هدد منزل الجار جاره بالسقوط وجب على مالكه اتخاذ التدابير لمنع الضرر من الوقوع أو التعهد

---

(١) مبادىء القانون الرومانى ص ٢٢٧ .

(٢) وهذا هو العهد المسمى بعهد الدية الاجبارية أو القانونية Composition légale.

(٣) ويسمى عند الرومان abondon noxal ، ومعناه التخلى عن مصدر الضرر ، ويطلق عليه عند العرب الجاهلية اسم الخلع ، فقبيلة الجانى مسئولة عن جريمته الا اذا خلعته فى المجتمعات العامة . أنظر الخضرى بك : تاريخ التشريع الاسلامى ص ٥٦ .

(٤) Cuq, Institutions Juridiques des Romains, p. 593.

بتعويضه اذا وقع والا قرر القاضى تسليم المنزل الى الجار المهدد [١] ، واذا قتل فرد بسلاح عند قدماء الانجليز وجب تسليم هـذا « السلاح اللعين » الى أهل القتيل [٢] .

ونظام استرقاق المدين اذا عجز أو امتنع عن الوفاء بدينه ، كما كان عند الرومان واليونان ، ونظام استيفاء الدين من أمواله دون تدخل من القاضى أو الالتجاء الى استصدار حكم منه بالدين [٣] ، أثران من آثار حكم القوة فى العهـد الفطرى ، يخولان لصاحب الحق أن يستخدم مدينه ، أو يستولى على ماله أو يبيعه وفاء لدينه ، أو يقتله لحرمانه من حقه [٤] ، ارضاء لشهوة نفسه وأخذا لحقه بيده .

ونظام المبارزة [٥] ، الذى كان سائدا فى بعض الشعوب القديمة وفى كثير من أمم القرون الوسطى ، هو البقية السليمة لقانون الجماعات فى العهد الفطرى ، وهو التجاء صريح الى حكم القوة لفض النزاع — مدنيا كان أو جنائيا — بين الخصمين ، ومن كان النصر حليفه كان الحق فى جانبه . فالمبارزة انما هى حرب بين طرفى النزاع ، غير أنها حرب مقيدة ، أصبحت مقصورة على الخصمين ، بعد أن كانت فى الجماعات الفطرية عامة على العشيرتين . نجد هذه الصورة واضحة فى

---

(١) Girard, Droit Romain, p. 306 طبعة ١٨٩٨ .

(٢) Holmes, Common Law, p. 7 ، وهو يرى أن هذا المبدأ أصل النظام الحديث القاضى بمصادرة الآلة التى استعملت فى الجريمة ولو كانت ملكا لغير الجانى ، بعد أن حلت الدولة محل المجنى عليه فى طلب العقاب .

(٣) وقد كان هذا النظام متبعا عند الرومان فى عهد قانون الالواح ، واسمه Pignoris capio ، وانما صار فى هذا العهد مقصورا على فريق من الديون الممتازة مثل مرتبات الجنود والضرائب والديون المخصصة لغرض دينى — راجع جيرار طبعة ١٨٩٨ ص ٩٥٥ .

(٤) جيرار ص ٩٦٠ وهامش ١ ، وقد ورد نص فى قانون الالواح الرومانية وكذلك فى قوانين الاسكندناف بانه اذا تعـدد الدائنون كان لهم الحق فى اقتسام اشلاء المدين عند قتله .

(٥) duel, battle .

نظم الشعوب القديمة ، ففى تقاليد أهل «ايسلاندا» اذا تنازع شخصان من أجل امرأة أو قطعة أرض احتكما الى السلاح وصاحب الحق منهما هو الغالب ، وفى قوانين « ايرلندا » القديمة كانت المبارزة بين الخصمين اسلوب الفصل فى أى نوع من انواع النزاع متى اتفقا على ذلك ومتى وقعت بحضور شهود وبعد دعوة أسرة المدعى عليه [١] .

فاذا تتبعنا هذا النظام فى خطواته بعد ذلك وقفنا على ما أصابه من التطور والتهذيب ، وعلى ما تركه من أثر فى العصور الوسطى والحديثة . فقد كانت المبارزة بين الخصمين حرة طليقة من تدخل قاض أو حكم ، لحداثة عهدها بالحالة الفطرية ، ثم تدرجت فصارت معركة قضائية تقع فعلا بين طرفى الخصومة أمام القاضى ينظم أساليبها ويقضى لصالح المنتصر فيها [٢] . ولما تهذبت النفوس وتحررت من عواطف الفطرة ، أصبحت المبارزة معركة صورية يأخذ فيها كل من المتنازعين أهبته للنزال ويتظاهر باشهار سلاحه على خصمه ، وذلك فى عبارات واشارات رسمية محدودة يؤديها أمام القاضى قبل أن يبدأ فى نظر الدعوى ، واذا اخطأ أحدهما فى تأديتها خسر دعواه ولو كان العدل فى جانبه ، فحلت الرسميات محل المعركة . وهذه الصورة الأخيرة هى التى نراها فى اجراءات التقاضى عند الرومان فى عصر الألواح الاثنى عشر [٣] ، قبل ان تتطور فى العصور التالية حتى تصل الى صورة مماثلة لدعاوى العصر الحديث .

---

(١) Declareuil المرجع السابق . ص ١٧٧ والوثائق التى يشير اليها .

(٢) combat judiciaire — ولا بأس من الاشارة هنا الى ما يقوله به بعض الباحثين من أن الوصى على المرأة أو الصبى عند الرومان كانت وظيفته فى القديم القيام بالدفاع المادى عن مصالح المرأة أو القاصر لعجزهما الجسمانى عن العراك والمبارزة ، ولذلك فان اسم الوصى tutore يفيد معنى المدافع او الحامى défenseur — راجع Huvelin, Cours de Droit Romain, p. 345

(٣) Huvelin, op. cit., p 164

ولما سادت التقاليد الجرمانية فى أوروبا خلال القرون الوسطى ، وتغلب فيها النظام الاقطاعى بما شمله من فروسية وشجاعة ، عادت المبارزة الحقيقية وسيلة قضائية للفصل فى النزاع بين الخصمين [١] . ولم يقض على نظامها الا بعد أن قضى على نفوذ النبلاء واستقرت السلطة العامة فى أيدى الملوك واستبدل نظام المحلفين بالمبارزة ، بل بقى نظامها نظريا فى انجلترا الى العصور الحديثة ولم يصدر قانون بالغائه الا فى أوائل القرن التاسع عشر [٢] .

ولا زالت عناصر الدعوى والدفاع فى العصر الحديث تحمل فى أسمائها أثر الأسلوب الفطرى [٣] ، وتنم عن صلة الشبه بين الماضى والحاضر . غير أن الفارق جوهرى ، فقديما كان الحق وليد تبادل الطعنات ، واليوم أصبح الحق وليد تبادل الكلمات ، ولذلك لم يعدم العصر الحديث من بين مفكريه من يتهكم بعدالة القانون و يتغنى بعدالة السيف [٤] .

(١) راجع Esmein, Histoire du droit français, p. 260
Jenks, Short History of English Law, p. 47.

(٢) انظر Deans, legal History, p. 33

(٣) فالدعوى يطلق عليها لفظ action وفيها معنى النشاط الحربى ، والمدعى عليه يسمى المدافع défenseur ، ومرافعة أحد الطرفين تسمى الدفاع défense ، اشارة الى المعركة القضائية فى العصور السالفة .

(٤) "Elle avait sur la légalité actuelle l'avantage de n'être jamais ridicule, parce qu'elle avait toujours raison". Declareuil, op. cit., p. 190.

الفصل الثانى

نشوء فكرة القانون وصورها المختلفة

١ — الأحكام الآلهية ، (٢) — التقاليد العرفية ، ٣ — القوانين المدونة .
٤ — مقارنة بين الشرق والغرب .

— ١ —

الأحكام الآلهية

المصادر التاريخية

لما تكونت الجماعات السياسية كل منها من عدة أسرات أو عشائر ، ونشأت المدينة وحدة سياسية — كالدولة فى العصر الحديث — بدلا من العشيرة ، وتمكنت فيها السلطة لملك أو أمير ، كما حدث فى البلاد المصرية واليونانية والرومانية القديمة . ومن جهة أخرى لما اتخذت العقائد الدينية — وثنية كانت أو سماوية — سبيلها الى النفوس ، وأحدثت فيها أثرها من التهذيب ، وأفسحت فيها مكانا للفضيلة وللمعانى الخلقية ، ومنها معنى العدل أو الحق . عند ذلك نشأت فكرة القانون مستقلة عن القوة وعن المصلحة المادية .

وقد كانت أكثر الشرائع فى الأمم القديمة كما سبق القول متشابهة فى نظمها ومبادئها عند نشوئها ، وفى الأدوار التى مرت بها والتى دعت اليها حاجات التقدم الاجتماعى فى تلك الأمم . غير أنه لم يصل الى علم الباحثين فى تاريخ القانون من الأدلة والآثار ما يصح الاعتماد عليه أو الوثوق به فى بيان حالة العهد الأول الذى تكونت فيه فكرة القانون فى المجتمع . وقد فات علماء الفقه المتقدمون بحث الآثار والمشاهدات المادية المؤدية الى الحقائق التاريخية ، ووجدوا غنى عن ذلك فى اعتناق المذاهب النظرية التى كانت عندهم أساسا لتكوين القاعدة القانونية الملزمة

لأفراد الهيئة الاجتماعية ، مثل نظرية القانون الطبيعي ومذهب العقد الاجتماعي ، تلك المذاهب الفلسفية التي كانت عاملا خطيرا في تطور التشريع الحديث ، بقدر ما كانت سببا في غموض حالة القانون القديم (١) .

ولذلك فان المصادر القديمة التي يمكن الاستناد عليها في هذا البحث تكاد تنحصر في الاشعار اليونانية القديمة وأهمها أشعار « هوميروس » ، وفي كتب بني اسرائيل ، وفي بعض الآثار التي تخلفت عن القبائل الصلتية أو الايرلندية الغابرة ، والتي اكتشفت عن قدماء المصريين . وفي هذه المصادر نجد بيانا عن فكرة القانون في أصل نشأتها ، معززا في بعض الأحيان بأقوال المؤرخين القدماء الذين تناولوا دراسة الشعوب السالفة (٢) .

وان يكن في أشعار «هوميروس» (٣). كثير من الأساطير الخرافية عن قوى

(١) Maine, Ancient Law, p. 3.

(٢) مثل سترابون Strabon وسيزار César وديودور الصقلي Diodore de Sicile وهيرودوت Herodote.

(٣) أهم ماوضعه هوميروس من المنظومات هما الالياذة والاوذيسية Illiade, Odyssée.

فالقصة الاولى عن الحرب بين الاغريق وبلاد الطرواد ، واعتزال اخيل عنترة الاغريق القتال غضبا من أغا ممنون زعيم الزعماء الذي انتزع منه فتاة جميلة كانت قد وقعت في نصيبه من بين السبايا ، ثم اشتراكه أخيرا في الحملة على الطرواد وبطشه بهم . واسم القصة نسبة يونانية الى اليون عاصمة بلاد الطرواد . والقصة الثانية موضوعها رحلة الملك « أوذيس » أثناء عودته الى بلاده بعد انتهاء حرب طروادة ، والتدابير التي اتخذها هو وابنه للضرب على أيدي البغاة الذين سعوا في تبديد ثروته وتقويض دعائم ملكه أثناء غيابه ، ثم وصف انتقامه منهم واستقراره في ملكه بإيثاكة في الارخبيل اليوناني .

أما عن تاريخ عهد هوميروس فان المؤرخين يختلفون في تحديده بين بدء القرن الثاني عشر والقرن السابع قبل الميلاد ، وأقرب رواية الى الصحة قول المؤرخ القديم هيرودوت بأن هوميروس تقدمه بأربعمائة سنة ، وعلى ذلك يكون زمن نبوغه في خاتمة القرن العاشر أو بدء القرن التاسع قبل الميلاد ، لان مولد هيرودوت كان في أوائل القرن الخامس قبل الميلاد .

الآلهة ، ومن المبالغة فى وصف الوقائع الحربية وبسالة الملوك والقواد ، فانه لا محل للاعتقاد فيها مبالغة أو تحريفـا فى بيان الافكار الاجتماعية والمعتقـدات الدينية التى كانت سائدة فى ذلك العصر ، ولذلك يعتبرها المؤرخون وصفـا صادقا للحالة القانونية .

صورة القانون الأولى

يؤخذ من المصادر التاريخية المتقدمة،وعلى الاخص من الياذة«هوميروس» وكتاب بنى اسرائيل ، أن الفكرة الاولى التى تتصل بما نسميهالآن قانونا كانت تنحصر فىصورة حكم آلهى ، يوحى به الى الملك أو الحاكم أو القاضى عندالفصل فى النزاع المرفوع اليه ، فينطق به بصفته الهاما . فالقانون لم يكن الا ارادة الهـية تصدر فى كل قضية على حدتها ، ولا تصدر الا على لسان أفراد من فئة خاصة تمتاز باتصالها بالآلهة ، وبالقدرة على تعرف مشيئتهم وتلقى أحكامهم ، ومن هذا جاءت قوة أثرها فى النفوس . وكان لهذه الاحكام الالهـية التى تصدر فى القضايا أسماء

ويؤيد ذلك مؤرخو الرومان الذين أجمعوا على أن هوميروس نبغ قبل بناء رومه (فى ٧٥٣ ق م) بقرن ونصف ، فـكأنه كان معاصرا لثـانى ملوك الدولة الخامسة والعشرين فى مصر ، وكان بينه وبين دمار اليونان التى سمى الالياذة باسمها نحوا من أربعمائة سنة وهو العهد الذى وصفه بهذه القصة .

وأما كلمة « هوميروس » فهى لقب لقب به فى حياته ، وللمؤرخين اقوال مختلفة فى معنى هذا اللقب وحكمته ، منها أنه « الأسير » لوقوعه فى الأسر فى احدى الحروب ، ومنها أنه «الخطيب» أو المتكلم فى المجلس ، ومنها أنه « كفيف البصر» لفقده هذه الحاسة قبل أن يتجاوز سن شبابه بعد أن رحل فى أسفاره من أزمير التى ولد فيها ، وهو القول الارجح . راجع ديباجة سليمان البستانى لكتابه « الياذة هوميروس ـ معربة نظما » ، مطبعة الهلال سنة ١٩٠٤ صفحات ٩، ١١ ، ١٩ ، ٢٩، ٣٤ . على أن شخصية «هوميروس» الشاعر مختلف فى وجودها ، اذ يرى بعضهم أن الاشعار الهوميرية لم تكن كلها صنع شخص واحد بل صنع عشيرة أو قبيلة يطلق عليها اسم هوميريدى Homeridae نسبة الى جدها أو معبودها هومير ـ راجع فى ذلك نظرية Grote فى كتاب Maine, Early Law and Custom ص ١٤

أسماء خاصة عند اليونان وعنـد الاسرائيليين وعند الايرلنديين تفيد فى ألفاظها معنى آلـهيا [1] .

كذلك كان اعتقاد الناس خلال العصور الأولى . وذلك لأن الجماعات البشرية فى حالة الفطرة كانت تنسب كل حادث من الحوادث الطبيعية الى عامل آلـهى أى الى اله خاص وظيفته أن يتولى القيام بهذا الحادث ، فكانت العواصف موكولا باثارتها الى اله خاص ، وكانت الشمس فى طلوعها وسـيرها فى الأفق وغروبها تعتبر شـخصا آلـهيا ، والأرض بما تلد من المخلوقات وما تنبت من الأشجار والثمار شخصا آلـهيا . وكذلك كان الحال فى الحوادث المعنوية ، كالحكمة والجمال ، كل منها موكول أمره الى اله خاص . فكان عند المصريين للعدل آلـهة تسمى «مآت» [2] كهنتها القضاة يقدمون لها فروض العبادة وتمنحهم المعونة فى قضائهم . وكان عند اليونان للعدل آلـهة توحى بحكمها الى الملك عند نظره فيما يرفع اليه من القضايا والمنازعات ، وكانت هذه الالـهة تسمى « ثيميس » ، ثم أصبحت هذه الـكلمة تطلق على الأحكام الملهمة الى الملك [3] .

هـذه الصفة الالـهية كانت قائمة عند اليهود للقضاء فى دعاويهم اذ كان الحكم وحيا صادرا من الاله على لسان رسوله موسى عليه السلام أو لسان شيوخ بنى اسرائيل المنتدبين من قبله للقضاء ، كلما جاء المتقاضون يلتمسون الوحى الفاصل

---

(١) كان يعبر عنها عند اليونان بكلمة ثيميس Themistes نسبة الى الهة العدل ثيميس Themis وعند اليهود بكلمة Oracle أى الوحى وعند الايرلنديين بكلمة dooms وفيها معنى القضاء الالهى .

(٢) Maat, Déesse de la Justice — انظر جاك بيرين جزء ١ ص ٢٢١ ، ٢٣٣ .

(٣) اليـاذة هوميروس — الأنشودة الأولى ٢٣٧ — ٢٣٩ ، مين ، المرجع السابق ص ٣ .

فى قضاياهم[١] . وقبل عهد موسى كان الكهنة فى بنى اسرائيل اذا عرضت عليهم قضية يتصلون بالآلهة ويحركون تماثيلهم فيجيبونهم فى اشارات خاصة بالحكم الواجب النطق به[٢] . ويقول بعض الباحثين ان الأسلوب الأخير مستمد من نظام القضاة فى مصر القديمة حيث كان تمثال الاله يصدر الحكم ، بوساطة الكهنة ، بتحريك ذراعيه أو رأسه[٣] .

تلك الفكرة ذاتها نجدها فى القبائل الصلتية فى ارلندا وفى تقاليدها القديمة[٤] ، فقد كان فريق من الكهنة ينتحلون ملكة السحر والصلة بالآلهة ، ويتولون بهذه الصفة القضاء بين الناس واستلهام الأحكام ، وللقضاة منهم اسم خاص[٥] أصبح يطلق بعد ذلك على طبقة رجال القانون عند ما تبددت الخرافات وتحررت منها القواعد القانونية وتهذبت على أيديهم[٦] . وكان فى قبائل الجول الصلتية فى أوروبا طائفة مماثلة يجمعون بين الوظيفة الدينية والوظيفة القضائية ويحترفون الطب والسحر ويدعون أن أحكامهم ملهمة من مصدر آلهى[٧] .

---

(١) التوراة — سفر الخروج Exode اصحاح ١٨ ن ١٣ — ٢٧ واصحاح ٢٣ ن ١٧ — ٢٢ .

(٢) Lambert, Fonction du Droit Civil Comparé, p. 225 et s.

(٣) ريفيو — وجيز القانون المصرى جزء ١ ص ١٣٥ وما بعدها .

(٤) يطلق على القانون الايرلندى القديم اسم Senchus Mor جمعت قواعده حوالى القرن الخامس بعد الميلاد عقب دخول المسيحية فى ارلندا وانتشار فن الكتابة أثر ذلك ولكنها تتصل بعهد أقدم ، وقد نشرتها الحكومة الانجليزية فى خلال القرن التاسع عشر ، راجع لامبير ، المرجع السابق ، وكذلك Maine, Early Institutions, p. 843.

(٥) Brehons .

(٦) لامبير ، المرجع السابق .

(٧) واسمهم Druides وأطلق المؤرخون هذا الاسم كذلك على الكهنة والقضاة فى مصر الفرعونية «Egyptian Druids» انظر مين — المرجع السابق ص ٢٨ ، ولامبير ص ٢٢١ وما بعدها .

هذا هو المظهر الأول الذى برزت فيه فكرة القانون ،[١] مظهر الوحى الالآهى الصادر فى كل قضية على حدتها ، يختلط فيه الفكرة القانونية بالعقيدة الدينية ، وليس للقاضى فيه الا دور الوسيط بين الاله والناس . وكان الملك فى مبدأ الأمر يتولى جميع الوظائف ، دينية وحربية وادارية وقضائية ، فكان قاضيا وظيفته أن يتلقى الحكم الالآهى عند نظر القضية وأن ينطق به . ولم يكن الملك مشرعا لمجموعة من المبادىء القانونية كما صار فى العصور التالية ، ولم تتكون بعد فكرة القانون باعتبارها جملة من النصوص أو القواعد العامة التى تسرى على الحوادث المستقبلة بصورة تجعل الملك أو القاضى فى غير حاجة الى الهام جديد فى كل قضية . وهى لم تصل الى هذه الحالة الا بعد أن قطعت عدة مراحل سنذكرها فى البحث التالى .

— ٢ —

التقاليد العرفية

قدمنا أن فكرة القانون ، التى وصفنا صورتها الأولى فى البحث السابق ، لم تصل الى صورة شبيهة بها فى العصر الحاضر ، أى فى صورة نصوص مدونة ، الا بعد تطور طويل المدى كانت فى خلاله فى صورة عادات غير ثابتة وتقاليد غير

---

(١) وكان هذا هو المظهر الأول لكل شريعة جديدة ذات أصل دينى ، بصفتها وحيا الهيا نزلت به أصولها ونظمها . فقد كان التشريع الاسلامى فى القرآن يصدر فى أكثر الحالات بمناسبة حوادث أو مسائل يرفع أمرها الى الرسول عليه الصلاة والسلام فتنزل الآية ناطقة بالحكم ، غير أن هذا يختلف عن الحالة السابق وصفها ، لأن الأحكام الموحى بها فى هذا العهد ليست مقصورة الأثر على الحوادث التى كانت سببا لنزولها . بل هى أحكام عامة ومبادىء تشريعية يقضى بها فى أمور المسلمين وعلاقاتهم ، (أنظر مقال لنا فى « تطور المبادىء القانونية عند العرب فى الجاهلية وصدر الاسلام » — مجلة القانون والاقتصاد ، س ١ عدد ٥ ص ٣٢٥ — ٣٢٦) .

مدونة ولا محدودة ، تمتزج فيها العناصر والطقوس الدينية فى أكثر الأحيان ، وتختص بتطبيقها وتأويلها طبقات اجتماعية خاصة . ونستعرض الآن مراحل هذا التطور :

المرحلة الأولى

بمضى الوقت وتكرار الحوادث المتماثلة والمنازعات المتشابهة أصبح الحكم الملهم متشابها أو متحدا فى كل نوع من أنواع هذه الحوادث أو المنازعات ، كالسرقة أو القتل أو البيع . فتكونت عادة عامة للحكم فى كل نوع منها ، أو شبه عرف عام لاتباعه . ولكن مرجع هذه العادة أو العرف لا زال وحى الآلهة وارادتهم .

وانما كانت الأحكام فى ذلك العصر البعيد تختلف كثيرا عن القواعد القانونية فى عصرنا الحديث ، فلم تكن ملزمة للناس ولم تكن الواجبات المترتبة عليها نافذة عليهم ، وكل ما كان لها من السلطة راجع الى صيغتها الدينية ، والى الهيبة التى تكتسبها من المصدر الالهى المنسوبة اليه . كذلك لم يكن الملك ملزما بالسير على أحكامه السابقة الا خشية من غضب الآلهة وسخطهم اذا حاد عنها [1] .

---

(١) تشير الاليادة والاوذيسية فى بعض المقطوعات الى ما يصيب الملك من غضب الآلهة اذا ظلم فى حكمه ولم يسمع لصوت الآلهة ، والى نزول الاله الشمس الى الارض اذا لم يقض بالثأر على من قتل ماشية « أوذيس » — انظر Pollock, Notes on Ancient Law, p. 21 وكذلك كان السائد عند قضاة ارلندا القديمة Brehons أن القاضى الذى يظلم فى حكمه ولا يحكم بالعرف الذى تكون من الأحكام الملهمة يصاب بأورام فى وجهه ويسبب سقوط ثمار الزرع من الغضب الالهى ليلة صدور حكمه — لامبير — المرجع السابق ص ٢٢٥ .

المرحلة الثانية

تقدمت هذه الحالة بعد ذلك خطوة أخرى خرجت بها من عهد الأساطير الى عهـد أقرب الى التحقيق التاريخى . كان الملك فى عصور الأساطير يحفظ كيانه بأمرين : الأمر الأول أنه تلقى مهمته من الآلهة ، والأمر الثانى اتصافه بشىء خارق للعادة فى حياته كالقوة أو الشجاعة أو الحكمة . ثم تقدمت الأفكار وأخذت صفته الالـهية فى الضعف ، وفى الوقت ذاته ظهر فى سلسلة الملوك أفراد لا يمتازون عن رعاياهم بشىء من القوى المادية أو الفكرية . فضعفت السلطة الملكية ، وانتقلت وظائفها الى طبقة أرستقراطية من رؤساء القبائل أو من رجال الدين . هذا على رأى[1] . وعلى رأى آخر كثرت أعمال الملك باتساع مملكته وازدياد رعاياه ، وعجز عن تحمل أعبائها فانتقلت سلطاته القضائية الى هيئة أخرى دينية أو مدنية[2] . وأصبحت وظيفة الملك قاصرة على القيادة الحربية أو على رئاسة الشعائر الدينية ، كما حدث فى اليونان وفى روما فى بدء الجمهورية وكما كان فى الهند وفارس . ففى هذه البلاد القديمة مر هذا الدور بصورة متماثلة ، اذ جاء بعد العهد الملكى عهد الأقلية ، اما من طبقة حربية كضباط الجيش ، أو طبقة مدنية كرؤساء العائلات والأشراف ، أو طبقة دينية كالكهنة . وكان حكم الأقلية الدينية غالبا فى الشرق وحكم الأقلية المدنية أو الحربية غالبا فى الغرب .

---

(١) Maine, Ancient Law p. 8 ، وهو يستند فى ذلك على أقوال « جروت » فى تاريخه .

(٢) Pollock, Notes, p. 22 وهناك قول ثالث ربما كان أقرب الى الحقائق التاريخية ، بأن هذا الانقلاب انما حدث بناء على ثورة طبقات الأشراف على الملوك لسفهم واستبدادهم ، فانتزعت منهم سلطاتهم ، مع بقاء السلطة الدينية العامة فى أيديهم خوفا من غضب الآلهة واحتفاظا بحمايتهم لمدنهم ، كما وقع ذلك فى روما وفى أثينا وفى اسبرطة .

راجع La cité Antique, Fustel de Coulanges ص ٢٨٣ — ٢٩٦ .

هـذه الأقلية التى كانت تتولى أمور القضاء بدل الملك ، كانوا حفظة القواعد القانونية ومفسريها والعاملين فى تكميلها وتهذيبها . لكن فرقا هاما بين عهدهم هذا وبين العهد السابق نقل فكرة القانون الى حالة أكثر تقدما ، وهو انهم لم يدعو الالهام فيما ينطقون به من الأحكام فى القضايا التى يفصلون فيها ، لأن تهذيب الأفكار كان قد بلغ حدا لا يسوغ معه مثل هذا الادعاء ، بل كانوا يستندون فيها الى قواعد أو تقاليد قائمة معروفة لديهم ، وان كانوا فى بعض البلاد ، كالهند ، ينسبون هذه التقاليد فى جملتها أو فى جزء منها الى مصدر الـهى. وقد قضت ظروف متعـددة ، أهمها جهل العامة وعدم معرفة الكتابة ورغبة الأقلية فى الاحتفاظ بسلطتهم ونفوذهم ، أن تكون معرفة التقاليد القانونية احتكارا لهم . فأصبحوا يطبقونها و يفسرونها بما تمليه عليهم قرائحهم العلمية أو بما توحى به شهواتهم الخاصة . وهذا هو عصر القانون العرفى أو التقاليد غير المدونة (١).

المرحلة الثالثة [illegible]

تدرجت الأمم القديمة من الدور السابق الى دور آخر ظهرت فيه القواعد القانونية بصورة تشابه الصورة الحديثة . كانت القواعد العرفية بسبب احتكار معرفتها عنـد طبقة من الأشراف أو من رجال الدين مجهولة من عامة الشعب غامضة عليهم ، وترتب على هذا الغموض شعور عند العامة بالغبن ، و بأن الأقلية الحاكمة تستفيد من هذه الحالة وتفسر التقاليد القانونية بما يتفق ومصالح طبقتهم . وزاد فى شدة هـذا الشعور رغبة العامة فى التساوى بالأشراف فى الحقوق العامة وفى الاشتراك معهم فى مناصب الحكم . وهذا ما حدث فى مدن ايطاليا وآسيا ،

---

(١) Droit Coutumier, Customary Law

وفى اليونان على الأخص ، حيث توصلت طبقة الأشراف[١] فى أثينا ، باحتكارهم تفسير التقاليد وتطبيقها فى تحديد سعر فائدة الدين وفى المعاملات الخاصة بالأراضى الزراعية ، الى اثقال العامة بالديون والى الاستئثار بالأراضى ، مما أثار سخط العامة على نظام حكمهم .

وكان اكتشاف فن الكتابة وانتشاره أكبر مشجع لهذه الحركة الديموقراطية وممهد لتحقيق آمال العامة[٢] . فطالبوا بتدوين القواعد العرفية ووضعها فى نصوص محدودة ، حتى تكون معرفتها فى متناول الجميع ، وحتى يعلم كل فرد حقوقه وواجباته بطريقة لا لبس فيها . وهذه هى المرحلة النهائية التى وصلت اليها القواعد القانونية فى العصور القديمة . وتسمى بمرحلة التقنين أو تدوين القواعد فى نصوص محدودة ثابتة[٣] . ففى كل أمة من الأمم السابق ذكرها جمعت تقاليدها العرفية فى نصوص مدونة منقوشة على ألواح من الخشب أو من البرنز أو من الفخار ، وتولت حكوماتها اصدارها ونشرها على العامة فى أمكنة مخصصة لذلك .

أما قيمة هذه القوانين أو المتون المجموعة فلم تكن فى تقاسيمها المنظمة أو فى وضوح عباراتها ، وانما ترجع قيمتها الى اعلان مبادئها الى الناس بعد الظلام الذى كان سائدا فى عصر التقاليد غير المدونة ، وهى فى ذاتها تدل على تطور اجتماعى وسياسى وصلت اليه الأمم القديمة ، حيث اعترفت فيه الأقلية الحاكمة بمركز

---

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p. 170 . وكان يطلق على طبقة الاشراف فى أثينا اسم Eupatridae كما يطلق عليهم فى روما كلمة patriciens .

(٢) مين — المرجع السابق — ص ١٣ .

(٣) Codification وهى تفيد فى العصر الحديث معنى تجميع القواعد القانونية فى مجموعة رسمية Code .

الأغلبية المحكومة ، واعترفت فيه طبقة الأشراف بحقوق العامة .

— ٣ —

القوانين المدونة

ونتناول الآن أهم المجموعات القانونية المدونة التي عرف وضعها فى العصور القديمة [١] ، وهى قانون دراكون الذى وضع فى أثينا والذى استبدل به بعد وضعه بعهد قصير قانون صولون ، وقانون الألواح الاثنى عشر الذى دون فى روما ، وقانون ألواح جورتين بجزيرة كريد ، وقانون مانو الهندى ، وقانون حمورابى فى بابيلونيا [٢] .

١ — قانونا دراكون وصولون

وضع قانون دراكون فى أثينا حوالى عام ٦٢٠ ق م ، وكان الغرض من وضعه صوغ التقاليد والنظم القانونية فى نصوص مدونة ، منعا لاحتكارها فى أيدى الأشراف ووقاية من تطبيقها لمصلحة طائفة دون أخرى . ورغما عن أنه احتفظ بما كان فى تلك التقاليد من القسوة قبل تدوينها ، فانه وضع حدا لعسف الحاكم وتحكم القاضى ونظم القضاء طبقا للقانون المكتوب . و بعد ذلك بنحو عشرين عاما قام صولون باصلاح دستور المدينة وتشريعها ، فوضع قانونا جديدا من صنعه لا ينتسب الى أصل دينى ، وانما يتفق مع ميول شعبه ، و يعترف

---

(١) لا يشمل هذا البحث مدونات الشرائع السماوية أى التوراة والانجيل والقرآن ، ولا محل لذكرها فى هذا التعداد نظرا لصفتها الدينية الخاصة ، ولأنها شرائع منزلة لا صلة لها بظروف التطور السابق استعراضها .

(٢) Code de Dracon, C. de Solon, Loi des XII Tables, Tables de Gortyne, Loi de Manou, Loi de Hammourabi.

بحقوق الفرد ويحميها أمام محاكم تنصبها الدولة [١] . والأمر الجوهرى فى هذا التشريع أنه أخرج فكرة القانون نهائيا من دائرتها الدينية القديمة الى دائرة سياسية بحتة ترجع فى صوغها الى وحى التطور الاجتماعى والعقل الانسانى .

أما المصادر التى يستمد منها المؤرخون نصوص التشريع اليونانى ومبادئه ، فهى المرافعات والخطب المأثورة عن كبار المحامين والخطباء اليونانيين فى العصور التالية لهذا التشريع مثل ايزوقرات وديموستين ، وكتابات الباحثين من اليونان فى الأجرومية والاصطلاحات اللغوية والقانونية ، والنقوش والأوراق اليونانية المكتشفة وبها كثير من النصوص والعقود والتصرفات المبنية على هذا التشريع [٢] .

٢ — قانون الألواح الرومانية

وضع قانون الألواح الاثنى عشر فى مدينة روما عام ٤٥٠ ق . م ، وكان فى أغلب أحكامه تدوينا للتقاليد السائدة قبل عهده . وكان وضعه فى ظروف تاريخية تشابه الظروف التى تم فيها تدوين قانون دراكون فى أثينا ، فقد كان من أهم مصادر النزاع بين طبقتى الأشراف والعامة استئثار الأولين بعلم القانون وتطبيقه وغموض مبادئه على الأخيرين وما نشأ عن ذلك من التحكم والغبن .

ولهذا طالب العامة خلال بضع سنين بجمعها فى نصوص ثابتة ، وقد تولت

---

(١) لم تكن كل المبادىء القانونية ، بعد وضع قانون صولون ، مسطورة فى مدونة رسمية ، بل لا زال جزء منها باقيا فى صورة تقاليد ، مثل قواعد المعاملات التجارية وكانت مستعارة من فينيقيا وبابيلونيا ، وكذلك قواعد الاجراءات . وهذا راجع الى ثباتها والى سهولة الاحتفاظ بها دون الحاجة الى تدوينها . راجع Lee, Historical Jurisprudence ص ١٧٤ وما بعدها .

(٢) Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne, volume I, Préface, p.p. XXXI et s.

القيام بذلك لجنة من الحكام ، بعد فحص القوانين اليونانية وعلى الأخص قانون صولون [١] .

وتحتوى الألواح الرومانية ، عدا قواعد القانون ، على قليل من الآداب الدينية ومراسم الجنازات . وكلها فى أسلوب شعرى . وهى تعتبر فى نظر المؤرخين أساسا للتطور القانونى وفاتحة البحث الفقهى فى تاريخ الدولة الرومانية .

وسنعود الى الكلام عنها مفصلا فى دراسة تاريخ الشريعة اللاتينية .

٣ — قانون جورتين

اكتشفت ألواح جورتين ، التى تحتوى على نصوص القانون الكريدى ، فى سنة ١٨٨٤ ، وكانت منذ اكتشافها موضع الدراسة والبحث من جانب مؤرخى القانون فى فرنسا والمانيا وايطاليا . وهى ذات قيمة تاريخية كبرى لأنها ألقت ضوءا جديدا على تاريخ القوانين اليونانية ، وأفضت الى معرفة نظم قانونية هامة كالأشخاص والزواج والتبنى والمواريث والالتزامات [٢] . أما عن تاريخ وضعها فان بعض المؤرخين يرى انها ترجع الى عهد لاحق لعهد الألواح الرومانية [٣] .

٤ — قانون مانو الهندى

وهو كتاب شعرى ضخم يشمل كل ما يتصل بسلوك الانسان وحياته من

(١) ومن المؤكد أن كثيرا من نصوص الألواح الاثنى عشر تماثل قواعد القانون اليونانى ، وقد كشف بعض علماء الألمان عن هذا التماثل الى درجة يستبعد معها احتمال المصادفة ، ويحمل على الاعتقاد باستعارة القانون الرومانى من القانون اليونانى ، أو برجوع القانونين الى مصدر واحد ، والأول أقرب الى الحقيقة لأنه مؤيد باعتراف فقهاء العصر العلمى الرومانى بأن بعض نظمهم مقتبسة من قانون صولون — Beauchet المرجع السابق ص ٢٣ .

(٢) Beauchet جزء أول ، مقدمة ، ص ٤٤ .

(٣) Pollock, Notes on Ancient Law, p. 25

الوجهتين الدينية والمدنية ، ففيه القواعد القانونية والمسائل اللاهوتية ، والمراسم التى يجب أن يسير عليها المرء فى أدوار حياته المختلفة ، وواجباته فى الدين والعبادة وتقديم القربان والصوم والطهارة ، و يحتوى فوق ذلك على حكم أخلاقية وأفكار فى الفنون الحربية والسياسية والتجارية ، و يبين العقوبات والكفارات ، والجزاءات التى تصيب المذنب بعد الموت ، وطرق الوصول الى السعادة .

و « مانو » اسم يطلق عند الهنود على كل من الملوك المؤلهين السبعة الذين حكموا فى العالم ، كما كان يطلق اسم « فرعون » على ملوك مصر القدماء . والى الأول منهم أوحى هذا القانون من لدن الاله « براهما » نفسه فأبلغه الى كبار الكهنة [١] ، ثم بقى محفوظا من عهد الى عهد حتى وضع فى أسلوبه الشعرى الحالى باللغة السنسكريتية ، وهى لغة الهنود القدماء ، ثم ترجم فى العصور الحديثة الى بعض اللغات الأوروبية ، والذى نقله الى الانجليزية « وليام جونز » ، والى الفرنسية « ديلونجشان » [٢] .

أما تاريخ وضعه فغير معلوم بالدقة ، ولذلك اختلف فى تحديده الباحثون وكل منهم يعتمد على التخمين والاستنتاج . منهم « وليام جونز » الذى يرجعه الى سنة ١٢٨٠ ، ومنهم من يرجعه الى ألف سنة قبل الميلاد ، ومنهم من يرى أنه أحدث من ذلك [٣] . وربما كان أقرب الآراء الى الحقيقة ما ذهب اليه المؤرخ الفرنسى « ديلونجشان » وأيده فيه بعض زملائه ، من أن وضعه كان فى خلال القرن الثالث عشر قبل الميلاد المسيحى ، وهو يستند فى ذلك الى نصوص هذا القانون ومبادئه الدينية و يستخلص منها دليلين على صحة قوله على الوجه التالى :

---

(١) وكان يطلق عليهم اسم ماهارشى Maharchis .

(٢) William Jones, Deslongchamps

(٣) انظر هذه الآراء المختلفة فى كتاب Maine, Early Law & Custom, p. 11 .

١ — ان العقيدة الدينية التى تمليها نصوص قانون مانو قائمة على التوحيد : أى أن الـها واحدا أبديا غير محـدود هو أصل العالم وروحه ، وهو « براهم » (أو الروح الأعظم) خالق هذا الكون وهادمه . وقد كانت هذه عقيدة الهنود الأولى قبل أن تتحول فى عهد لاحق الى فكرة التثليث التى توحى بأن الروح الأعظم « براهم » تقمص ثلاثة آلهة ، هم « براهما » و « فيشنو » و « سيفا »[1] . وعقيدة التوحيد هى العقيدة التى تتخلل كتاب الصلوات والتراتيل الهندية المسمى « فيدا »[2] ، وهو كتاب البراهمة المقدس . ومن هذا نرى أن قانون مانو وضع فى عهد معاصر أو مقارب للعهد الذى يرجع اليه كتاب الصلوات المقدس ، نظرا لوحدة العقيدة فى الكتابين . ومما لا خلاف فيه أن كتاب الصلوات بعيد فى القدم الى نحو القرن الرابع عشر قبل الميلاد .

٢ — وكما انتقلت الديانة البرهمية من عهد التوحيد الى عهد التثليث ، عبرت هـذه الديانة مرحلة تطور من نوع آخر على يد نبى برهمى جديد اسمه « بوذا » ، قام بحملة موفقة على الاجراءات الرسمية والشكليات الدقيقة التى بنى

---

(١) Brahma, Vichnou, Civa . ويقولون بأن أولهم براهما جاء بأربعة أولاد تناسلت منهم الطبقات الأربع الهندية Castes ، فمن الولد الأول طبقة الكهنة البراهمة وهى الطبقة المقدسة بين الهنود ، ومن الثانى طبقة الأمراء والحربيين وهى تلى الأولى فى مركزها الاجتماعى ، ومن الثالث طبقة التجار والمزارعين ، ومن الرابع طبقة العمال . أما ما عدا هذه الطبقات فهم فئة المنبوذين يحرم لمسهم أو الاتصال بهم razia أو impurs ، وهى الفئة التى لا زالت الى العهد الحالى تناضل لمساواتهم ببقية الهنود وللتحرر من هذه الوصمة الاجتماعية وبمساعدة بعض زعماء البراهمة أنفسهم — انظر مقدمة ديلونجشان فى قانون مانو الذى تولى ترجمته الى الفرنسية .

(٢) Vedas جمع Veda وهى بالهندية صلاة أو أنشودة لحمد الاله والثناء عليه .

عليها دين البراهمة [١] ، ودعى الى الأخـذ بالجوهر دون المظهر ، فأنشأ فلسفة دينية جديدة مبناها أن الحياة عذاب وأن العذاب سببه الشهوة والعاطفة ، وأن القضاء على هذا السبب لا يكون الا بضبط النفس وانكار الذات ، و بذلك يصل المؤمن الى سبيل السعادة [٢] عند انتهاء حياته الأولى . وقد كان عهد هذا المصلح الدينى قبل ميلاد المسيح بنحو ألف سنة . والذى يهمنا فى ذلك أن نصوص قانون مانو ونظمه الدينية لا تشير الى « بوذا » ولا الى مذهبه بشىء ما ، دلالة على أنها وضعت فى عهد سابق على ظهوره .

ومن هذين الدليلين يتبين انه لا يبعد عن الصواب أن يكون التاريخ الذى وضع فيه قانون مانو واقعا فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد [٣] .

٥ — قانون حمورابى

وهو قانون البابلونيين الذين عاشوا على نهر الفرات فى أرض العراق الحالية ، وكونوا مدنية تقارب فى عهدها مدنية المصريين القدماء . وقد وضعه الملك حمورابى فى عام ٢٠٠٠ قبل الميلاد باتفاق المؤرخين والأثريين . وقد اكتشف هذا القانون منقوشا على أثر حجرى ، يبلغ فى ارتفاعه مترين وربع متر وتبلغ دائرته السفلى مترين الا قليلا . وكان اكتشافه فى سنة ١٩٠٢ فى حفائر « سوز » على يد بعثة أثرية علمية برياسة المسيو دى مورجان . وفى الجزء الأعلى منه نقش يصور الملك حمورابى وهو يتلقى هذا القانون من الاله الشمس . وتمتاز هذه المجموعة القانونية

---

(١) يفرض قانون مانو على البراهمة اجراءات وأشكال خاصة بحياتهم الاجتماعية والدينية فى جميع مراحلها ، حتى فى ألوان أزيائهم وفى اشارات تحياتهم ومقابلاتهم وفى تسمية مواليدهم.

(٢) ويطلق على هذه الدرجة العليا كلمة Nirvâna وهى التى يرشد اليها بوذا فى دينه . وبعد دعوة بوذا وانتشارها بين الهنود أصبحت ديانتهم تسمى « البوذية » Bouddhisme نسبة الى بوذا Bouddha ، بعد أن كانت تسمى «البرهمية» Brahmanisme نسبة الى براهما .

(٣) Deslongchamps, Loi de Manou, Préface.

عن باقى المدونات القديمة — على بعد عهده — بعدة صفات : منها أنه موضوع لا فى أسلوب شعرى كقانون الألواح الرومانية وقانون مانو الهندى ، بل فى أسلوب علمى يماثل به القوانين الحديثة ، أى فى فقرات أو مواد منفصلة تتتابع بحسب طبيعة المسائل التى تعالجها ، وهو يتكون من ٢٨٢ مادة [١] . ومنها أنه على صغر حجمه توسع فى أحكامه فشمل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وتبنى ووصاية وبنوة ، والمعاملات من مداينة وبيع واجارة ومزارعة ووديعة ، والعقوبات لجرائم الاعتداء على الأشخاص وعلى الارقاء وعلى الأموال ، ويحتوى فوق ذلك على بعض الأحكام التجارية والحربية . ومنها أخيرا أنه يخلو من الأحكام الدينية ، ولا يتناول منها الا امتيازات مدنية لطبقة الراهبات فى معاملاتهن [٢] .

ومن أجل ذلك كله كان اكتشافه حادثا خطير الشأن عند الباحثين فى تاريخ الشعوب القديمة ونظمها القانونية [٣] .

— ٤ —

مقارنة بين الشرق والغرب

وقد قارن بعض علماء التاريخ القانونى [٤] بين حالة المجتمع فى الأمم

---

(١) كل مادة منها تبدأ بكلمة معناها « اذا » Si .

(٢) راجع فى كل ذلك الترجمة الفرنسية لهذا القانون للأستاذ «شيل» Scheil, La Loi de Hammourabi ، ومن الغريب ان عبارات هذا القانون تحتوى على بعض كلمات عربية أو مصرية ، من ذلك نص المادة ٢٣ بانه اذا ارتكبت السرقة من قاطع طريق ولم يضبط وجب رد قيمة المسروقات على المدينة « والشيخ » الذين وقعت الجريمة فى دائرتها ، ونص المادة ٢٦٠ بأن من سرق « شادوف » آخر وجبت عليه غرامة معينة للمسروق منه . والمعروف أن لغة البابليين لغة سامية متينة الصلة بالعبرية والعربية .

(٣) بولوك — مذكراته — ص ٢٤ .

(٤) Maine, Ancient Law, p. 15 ، Pollock, Notes, p. 25 .

الشرقية و بينها فى الأمم الغربية ، بانيا مقارنته على درجة السرعة التى انتقلت بها هذه الأمم الى المرحلة القانونية الأخيرة . فقرر انها كانت فى الغرب أقل زمنا منها فى الشرق ، ورتب على ذلك أن القرون الطويلة التى مضت تحت سيطرة التقاليد غير المدونة فى الشرق تركت مجالا واسعا للخرافات وللدين فى القواعد القانونية ، بحيث كانت القوانين فى الشرق عند وصولها الى المرحلة الأخيرة تغلب فيها القواعد الدينية والحكم الأخلاقية ، وتختلط بمبادئها بعض الخرافات ، بينما كانت القوانين الغربية أكثر منها تجردا من الدين ومن الخرافة ، وكانت تعبيرا صحيحا للحالة القانونية وقت صدورها . وكان من نتيجة ذلك أن تسربت عوامل الضعف والانحطاط فى المدنية الشرقية ، فى الوقت الذى كانت فيه المدنية الغربية فى قوتها ونشاطها [1] . لكنا نلاحظ على هذه المقارنة ملاحظتين : الأولى أن

---

(١) يمثل الأستاذ « مين » لقوانين الأمم الشرقية بقانون مانو ، والأمم الغربية بقانون الألواح الاثنى عشر ، ويؤيد مقارنته بالعبارات الآتية :

« يتعرض المجتمع الفطرى الذى يتبع طائفة من التقاليد لأخطار خاصة قد تقضى قضاء تاما على تقدمه فى المدنية . فالتقاليد يخضع لها بطبيعة الأمور جماهير لا تفهم حكمتها على حقيقتها فتجد سر دوامها فى أسباب خرافية ، وعندئذ يتولد من التقاليد المعقولة تقاليد غير معقولة ، ويصبح «القياس» ، وهو خير أداة فقهية يستعان بها فى عصر نضوج القانون أخطر الوسائل فى عهد طفولته . فالحظر المقصور فى أصله على أفعال فردية معينة لعلة معقولة يمتد الى جميع الأفعال التى قد تتصل بها بشىء من التشابه ، لأن خوف الانسان من غضب الآلهة من أجل فعل ما ، يجعله يشعر بفزع طبيعى نحو كل فعل آخر من نوعه ولو كان الشبه بينهما بعيدا . . . وعلى هذا يتسع تحريم طعام خاص لحكمة صحية فيشمل كل طعام يماثله ولو كان التماثل على قياس خيالى ، وتتولد عن حكم تقرر لضمان النظافة العامة سلاسل من اجراءات الطهارة وقيودها الشكلية ، ويتمخض تقسيم الناس الى طبقات قضت بها الضرورة مرة فى التاريخ الاجتماعى لحفظ كيان الأمة عن نظام الطوائف Castes وهو شر النظم الانسانية وأشأمها على المجتمع . وأن مصير القانون الهندى مقياس لقيمة الألواح الرومانية ، ورغما عما يدلنا عليه تاريخ الأجناس من تناسل الهنود والرومان من جنس واحد ومن التماثل بين تقاليدهم الأولى ، فان الفقه الهندى — مع ما فيه من بعد نظر وسلامة حكم —

القوانين المدونة فى الأمم الغربية القديمة كانت معتبرة من أهلها أنها قوانين وضعية ، ولـكن شريعة مانو كانت معتبرة من الهنود أنفسهم أنها منزلة من الآلهة ، لا أنها معبرة عن القواعد القانونية فقط ، ولهذا احتوت على عنصر كبير من أوامر الدين ومبادىء الأخلاق . والملاحظة الثانية أن هذه المقارنة كانت قبل اكتشاف قانون حمورابى ، وهو أقدم من الألواح الاثنى عشر الرومانية بأكثر من خمسة عشر قرنا ، وهو مع ذلك على درجة عظيمة من التقدم القانونى ومن التهذيب العلمى . ويكاد يكون خاليا من المسائل الدينية . فليس هناك محل لترتيب النتائج الخطيرة السابق ذكرها على تدوين القوانين فى الشرق والغرب [1] .

قد اشتمل على مركب ضخم من السخافات القاسية ، وقد سلم الرومان منها بفضل مدونتهم التى وضعت قبل أن تفسد تقاليدهم . . . ولانستطيع أن نزعم أنه لولا نشر الألواح الاثنى عشر لقضى على الرومان بمدنية ضعيفة فاسدة كمدنية الهنود ، ولـكن من المؤكد أنهم بتدوينهم قانونهم قد أمنوا من مثل هذا المصير التعيس ». المرجع السابق ص ١٨ ، ١٩ .

والواقع أن مبلغ تقدم الشعوب فى المدنية لا يتوقف على الصورة التى صيغت فيها قواعدهم القانونية بل على صفاتهم الجوهرية الخاصة ، والدليل على هذا أن بعض الأمم الحديثة ذات التاريخ القديم لا زال الجزء الأكبر من قوانينها تقاليد غير مدونة فى مجاميع رسمية دون أن يؤثر ذلك فى قوة مدنيتها وكيانها الاجتماعى .

(١) ولو أن بولوك (Notes, p. 26) يوافق « مين » جملة على أن فى التدوين المبكر مناعة من الاضمحلال ، الا انه يرى من جهة أخرى ان وضع الألواح الاثنى عشر ربما كان عقبة فى سرعة تطور القانون الرومانى وسببا لاصطناع الطرق الملتوية التى استعان بها الفقهاء والحكام لتعديل أحكامه .

الفصل الثالث

تطور الشرائع القديمة ووسائله

١ — الجماعات الراكدة والجماعات المتقدمة ، ٢ — الحيل الشرعية ،
٣ — مبادىء العدالة ، ٤ — القرارات التشريعية .

بواعث التطور

بعد أن وضعت القواعد القانونيــة القديمة فى مجموعات مدونة ، أصبحت الفكرة القانونية مكونة تكوينا تاما وأخذت كيانا محددا ثابتا : قواعد صــادرة أو مؤيدة من سلطة حكومية تقوم بتنفيــذها على الأفراد وتضبط بها سـلوكهم ومعاملاتهم وعلاقاتهم .

لــكن هذه القواعد المدونة لم تبق على حالتها الأولى التى وضعت فيها ، بل أصابت على مر الأيام كثيرا من التحوير والتعديل والاصلاح . فقد كانت فى أول عهدها قليلة العدد ضيقة النطاق ، مقيدة بالاجراءات الشديدة ، ولم تزد عن أنها صور مكتوبة من العرف السائد وقت ذلك. وتبعا لسنة التقدم الاجتماعى وازدياد العلاقات التجارية والاقتصادية ونشوء روابط جديدة ومعاملات متنوعة ، شعر الناس بالحاجة الى تعديل هذه النصوص وتوسيع نطاقها وتبسيط اجراءاتها ، حتى تشمل الحالات الجديدة الماثلة وتلائم التطور الاجتماعى الجديد .

التقدم حالة استثنائية

وقد وصلت الأمم القديمة ذات القوانين المدونة أو التقاليد الثابتة [1] الى

(١) يتناول هــذا البحث الشرائع التى صيغت قديما فى قوانين مـدونة ، والشرائع التى بقيت فى صورة تقاليد نافذة مع تعديلها وتطورها ، وذلك لأن وسائل التطور فى كل من النوعين متشابهة . ومن هذه الشرائع ما زال على هذه الصورة الى العهد الحديث ، كالشريعة الانجلوسكسونية .

تعديلها وتكميلها بوسائل مختلفة لايمكن حصرها فى حدود عامة جامعة ، نظرا لاتساع أطراف البحث وتعدد مناطق التاريخ القانونى، ولتنوع العوامل والظروف الاجتماعية مع تنوع الشعوب والجماعات . غير أن الأمر تسهل معالجته اذا عنينا قبل درسه بالتفريق — من وجهة التطور القانونى — بين المجتمعات الراكدة أو الجامدة والمجتمعات المتطورة أو المتقدمة[1] ، و بأن نجعل البحث مقصورا على الفريق الأخير منها .

وذلك لأن جزءا من النوع الأنسانى فى القديم لم تتطور نظمه القانونية ، بعد أن اكتملت صورتها الخارجية أو كادت ، بتسجيلها فى كتاب رسمى محدود أو بتركيزها فى تقاليد ثابتة ، بالرغم مما قد كسب من الحضارة المادية بعد ذلك . وأن دراسة تاريخ الأجناس البشرية فى حالتها الأولى قد تنتهى بناء الى العهد الذى وقف عنده تطور بعض الجماعات . فترى مثلا أن الهند البرهمية لم تتجاوز فى تقدمها القانونى دورا مرت به جميع الهيئات الانسانية ، وهو الدور الذى لم يتميز فيه القانون عن الدين ، ولم تظهر فيه القواعد القانونية منفصلة عن الأوامر والتعاليم الدينية ، فقد كانوا الى آخر مرحلة من مراحلهم القانونية يعتبرون أن عصيان أمر دينى يجب أن يجازى بعقوبات وضعية ، وان مخالفة واجب مدنى يعرض مرتكبها للجزاء الالهى[2] .

---

(١) Stationery Societies. progressive societies

(٢) من ذلك ما جاء فى قانون مانو الهندى — الكتاب الحادى عشر — بند ٤٨ وما تلاه ، من أن الشخص الذى ارتكب جرائم فى حياته الحالية أو فى حياته السابقة (والديانة الهندية تقوم على تعدد حياة الانسان) يصاب بامراض أو تشويهات خاصة : فمن شرب مشروبات روحية تصبح اسنانه سوداء ، ومن قتل هنديا برهمياقانه يصاب بالسل. غير أن المجرم يستطيع أن يتقى الجزاء المقرر اذا قدم كفارة عن ذنبه ، والكفارة على أنواع شق منها أن يحبس نفسه فى غابة يتعبد فيها مدة تختلف باختلاف الأحوال .

راجع الترجمة الفرنسية لقانون مانو لديلونجشان Deslongchamps فى الموضع المشار اليه فى صدر الهامش ، بنود ٤٨ ، ٤٩ ، ٧٢ ، ٧٨ . ص ٣٢٥ وما بعدها .

ولا نزاع فى أن هذا النوع من الجماعات الراكدة كان الغالب فى الجماعات البشرية الغابرة ، وان المدنية التى نراها تحيط بنا من كل جانب فى العالم الحديث كانت استثناء نادرا فى تاريخ المجتمع الماضى ، فلم يسر منه فى سبيل الاصلاح والتقدم الا شطر ضئيل جدا بالنسبة لسائر الانسانية . أما علة هذا الفرق بين حال الجماعات الراكدة الغالبة وحال الجماعات المتقدمة النادرة ، فقد وجدها بعض الباحثين سرا من الأسرار التى يصعب كشفها [1] ، ورآها البعض الآخر [2] واضحة فى الاصول الدينية التى استمدت منها الشعوب تقاليدها فاكتسبت بها قوة على الاذهان وثباتا فى النفوس حالا فى الغالب من هذه الشعوب دون نموها وتقدمها مجاراة لحاجات المجتمع المتغيرة ، والتقدم انما يكون ممكنا — على حد تعبير أحد الكتاب — « فى تلك الأحوال السعيدة التى تذهب فيها قوة القانون الى الحد الكافى لاخضاع الأمة كلها دون أن تتمادى الى الحد الكافى لقتل الميل الطبيعى نحو التطور والتغيير [3] » ، ولم تقم تلك الأحوال الا فى شعوب نادرة كانت فيها روح التجديد أقوى أثرا من قدس النصوص والتقاليد ، فتطورت شرائعها وتعدلت أحكامها واتسعت نظمها ومبادئها .

الامم المتطورة

سيكون بحثنا اذن مقصورا على الامم المتطورة النادرة . ونظرا الى أن القانون فى ذاته ثابت والفكر الاجتماعى متقدم تبعا للظروف الاجتماعية المتجددة، كان من الطبيعى أن يكون التقدم الاجتماعى سابقا للتقدم القانونى ، بمسافة تطول أحيانا اذا بقى القانون غير معدل ، وتقصر أحيانا أخرى اذا عدل القانون ليلائم الحالة الجديدة و يؤيدها . فسعادة الناس متوقفة على درجة السرعة التى تقصر بها

(١) Maine, Ancient Law, p. 28

(٢) Goadby, Introduction to Law, p. 71

(٣) Baghehot, Physics & Politics, p. 64

المسافة الفارقة أو تزول .

وان اظهر الأمم أمام التاريخ من الوجهة القانونية على الأخص هى الأمة الرومانية . فالمراحل التى مر بها قانونها تعتبر أنموذجا لتطورات الشعوب المتقدمة ، فقد كان أطول عمرا من أى نظام قانونى عرفته الانسانية ، وكانت جميع أدوار تطوره محققة تاريخيا ، وكان من نشأته الى آخر عهد له فى حالة تقدم مطرد خلال عصور متعاقبة ، كان فيها الفكر الانسانى فى بعض الأمم المعاصرة بطيئا والنشاط الاجتماعى فاترا .

كذلك من بين الجماعات القديمة المتطورة فى حياتها القانونية الجماعات الانجلوسكسونية ، فقد تدرجت تقاليدها القانونية فى أدوار متفاوتة ، كانت فى خلالها ميدانا للعراك المتواصل بين روح المحافظة على القديم ، وبين روح التجديد والتغيير نزولا على ما تمليه الظروف الاجتماعية ، فتعدلت أحكامها وان لم تتعدل صورتها . فالشريعة الانجلوسكسونية تعد من الشرائع المتطورة الى جانب الشريعة اللاتينية وان تكن أحدث منها عهدا ولم تزل أقصر منها عمرا .

ونجد أخيرا الشعوب الاسلامية من أبرز الجماعات الانسانية فى هذا البحث ، فهى ذات تاريخ قانونى متصل الحلقات ، تمتاز كل حلقة منها بعهد جديد فى تطور أحكامهم وباتجاه جديد لفقههم وتشريعهم ، وفقا لمقتضيات العصور المتلاحقة ولحاجات أمم الاسلام المختلفة . ولذلك فان الشريعة الاسلامية ثالثة الشرائع التى أخذت بسبيل التطور والاتساع ، واتخذت مكانها فى هذا السبيل الى جانب الشريعتين السابقتين ، وان اختلفت عنهما فى عهد التكوين بصدورها عن مصدر سماوى لا عن أصول وضعية .

وسائل التطور

ونستطيع الآن أن نأتى بقاعدة عامة عن الوسائل التى تطورت بها الشرائع

والمبادىء القانونية لتكون منسجمة مع حالة المجتمع . وهى أن الأمم القديمة وصلت الى تعديلها وتوسيع أحكامها بالاحتيال على نصوصها ، وبما هدت اليه مبادىء العقل والعدالة الطبيعية ، وبالقرارات التى أصدرتها السلطات التشريعية [1] .

ولم تشترك جميع هذه الوسائل فى كل شريعة قديمة ، فقد تخلو بعض القوانين من نفوذ بعضها ، وقد تعمل اثنتان منها فى وقت واحد فى شريعة واحدة . وانما ظهرت هذه الوسائل فى تاريخ الشرائع القديمة بالترتيب الذى سبق ذكره ، فقد كانت الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية أول وسيلة التجأ اليها رجال القضاء والفقه لاصلاح قواعده ، وبعد أن ظهرت فكرة العدالة الطبيعية والأحكام العقلية استعانوا بها صراحة لتعديل ما يخالفها من النصوص والتقاليد القانونية ، وأخيرا اتخذت السلطات العامة التشريع وسيلة علنية لاصلاح نظمها القانونية بالغاء القواعد أو النصوص القديمة ووضع نصوص جديدة .

— ٢ —

الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية

كيف استعين بها فى القديم — فى القانون الرومانى — فى القانون الانجليزى — فى الشريعة الاسلامية — افتراض القرابة الدموية والنظم التى بنيت عليه — الحيلة فى القانون الحديث .

كيف استعانوا بها فى القديم

لما كانت الأمم القديمة شديدة التمسك بتقاليدها ونصوصها وما تشتمل عليه

---

(١) الطريقة الأولى تسمى Fiction légale أى الحيلة القانونية أو الافتراض . والثانية تسمى Equité, Equity والثالثة Législation .

من نظم قانونية ، وتحترمها احتراما يصل الى درجة التقديس ، بالنظر الى ما كانت تحتويه من عنصر دينى أو الى ما كانت ترجع اليه من مصدر الهى ، لذلك كان يصعب تغيير النظم القائمة أو المبادىء المتبعة فى أمة من الأمم ، رغما عما قد يظهر من شدة الحاجة الى اصلاحها ، ومن مواطن الغبن الواقع على فريق من أفرادها أو على طبقة من طبقاتها . فلم يجد الذين اختصوا بأمور القضاء و بتفسير القانون بدا من الاحتيال على نصوصه و نظمه ، ابتغاء تطبيقها — دون تغيير فى صيغتها — على حالات لم تكن تسرى عليها ، وتحميلها أحكاما جديدة لم يتسع لها منطوقها ومرماها ، حتى يوفقوا بذلك بين كراهة تغيير النصوص أو التقاليد و بين ضرورة تعديل نظمها و مبادئها .

وقبل أن نأخذ فى دراسة آثار الحيلة فى تطور الشرائع الأولى ، نبدأ بتعريفها : فالحيلة معناها افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه ، أو الاستناد الى واقعة كاذبة باعتبارها واقعة صحيحة حتى ينطبق القانون على حالة لاينطبق عليها من قبل . وليس للخصم ولا للقاضى تجاه هذا الأمر المزعوم أن يناقشه أو يتنصل منه مع اشتهار كذبه . والغرض منه كما تقدم هو الوصول الى سماع الدعوى أو رفضها أو الى استنباط حكم فى غير الحالات التى وضع لها القانون فى الأصل ، ونتيجته احداث تعديل فى معنى القانون بغير تعديل فى صيغته [١] .

ولقد كانت الحيلة أسلوبا شائعا فى الشرائع القديمة للتغلب على شدة نظمها وضيق نطاقها ، لأنه الأسلوب الوحيد الذى يلائم النفسية الفطرية ، و يتفق مع عقلية الانسان فى بدء عهده بالمدنية ومع شعوره نحو ديانته وتقاليده ، بل كانت الحيلة فى بعض الظروف وفى بعض الأمم متكأ « للسير بها فى خطواتها الأولى نحو

(١) هذا التعريف مقتبس مما جاء فى كتاب Maine, Ancient Law p. 30 وفى كتاب Bentham, Theory of Legislation, p. 71

المدنية »[1] ، فلعبت دورا خطيرا فى تاريخ التطور القانونى عند أكثر الأمم المتقدمة ، وأحدثت فى شرائعها ونظمها أثرا واسع المدى . وقد اتخذت الى ذلك سبلا مختلفة وصورا متعددة ، فهى أحيانا أداة قضائية يتمسك بها القاضى لمد سلطان اختصاصه أو لتصحيح الدعوى الباطلة المرفوعة أمامه ، وهى احيانا تصرف صورى يستند اليه الطرفان لانشاء عقود جديدة أو نتائج جديدة لم يتوقعها القانون ، وهى أحيانا تصوير خيالى لوضع من الاوضاع الاجتماعية أو القانونية يترتب عليه قواعد وروابط جديدة لا قيام لها بغير هذا التصوير ، وهى أخيرا وسيلة اعتبارية لتبرير بعض المبادىء والنظم السائدة فى بعض الشرائع · وتتبين هذه الصور المتنوعة فيما يلى من دراسة آثارها فى قوانين الأمم المختلفة :

فى القانون الرومانى

كانت الحيلة عاملا كبيرا فى التخلص من ضيق النصوص وشدتها وفى ارتقاء النظم القانونية فى العصور الاولى للدولة الرومانية ، بل وفى معالجة بعض الصعاب العائلية والاجتماعية فى عصورها الحديثة . ولذلك فان تأثير الحيلة فى القانون الرومانى القديم أوسع نطاقا من تأثير الوسائل الأخرى ، كما انه أوضح وأعمق منه فى أية شريعة أخرى . والامثلة على ذلك مختلفة متعددة : منها

---

(١) Maine, Ancient Law, p. 31 وهو يؤيد قوله هذا بنظام التبنى الذى يجيز خلق رباط عائلى مصطنع من الافتراض المناقض للواقع . وهذا قول صحيح الى حد بعيد ،فقد كان نظام التبنى عاملا اجتماعيا خطيرا فى تطور المجتمع الفطرى ببقاء الاسرات وتخليد عباداتها العائلية ، وبتحقيق أغراض سياسية كنقل شخص ممتاز من طبقة اجتماعية الى طبقة عليا لتولى مناصب الحكم فى قومه ، وبضمان استمرار وراثة العرش ، كما حدث فى الدولة الرومانية - راجع كتابنا مبادىء القانون الرومانى طبعة ١٩٣١ ص ٧١ ، وراجع كذلك Girard, Manuel Elémentaire de Droit Romain, 1911, p. 171 . وسنرى فيما بعد أن نظام الجماعات وتطوره الى نظام الدولة بالمعنى الحديث كان قوامها افتراض الصلة الدموية بين افرادها ·

الاحتيال على نظام البيع « بالاشهاد » واستعماله صوريا للوصية والهبة والمقايضة والوديعة وعارية الاستعمال والرهن الحيازى [١] ، فنشأت عقود وتصرفات جديدة لم تكن معروفة من قبل فى القانون الرومانى . ومنها الاستعانة « بالدعوى الصورية » لابتداع طرق جديدة سهلة لعتق الرقيق ونقل الملكية [٢] . ومنها الاحتيال على نص فى الالواح الرومانية يجازى الأب « بحرمانه من السلطة الابوية على ابنه اذا أسرف فيها ببيعه ثلاث مرات » ، واستنباط وسيلة صورية منه لانشاء نظام جديد وهو تحرير الابن اذا أراد أبوه منحه الاستقلال فى حياته بأمواله وثمار عمله [٣] . ومنها نظام التبنى ، وهو خلق الصلة العائلية خلقا صناعيا وباجراءات صورية [٤] ، وبهذا الامر الافتراضى فى جوهره وشكله تمكنت الأمة الرومانية من تخليد اسراتها وصيانة مصالحها .

والى جانب تعديل المبادىء والنظم القانونية بالتحايل على النصوص

---

(١) موجز كيك Cuq ص ٢٧١ ، مبادىء القانون الرومانى للمؤلف ص ١٤٨ . ويطلق على نظام البيع بالاشهاد كلمة Mancipation أى اكتساب الملكية ، وهو العقد الرسمى الوحيد الذى يشهده عدد معين من الناس .

(٢) اسم الدعوى الصورية Cessio in jure ، ترفع من جانب الرقيق على سيده أو من جانب المشترى على بائعه أمام الحاكم القضائى praetore — وهو الذى يفصل فى القضايا من الوجهة القانونية قبل أن يحيلها على محكم judex للفصل فى الوقائع ، والذى تعتبر القضية أمامه فى دورها القانونى in jure قبل أن تطرح أمام المحكم فى دورها الثانى in judicio ، فيسلم السيد بحرية الرقيق أو البائع بملكية المدعى cessio فيصادق الحاكم على هذا التسليم . ومن هذا جاء اسم الدعوى باللاتينية ومعناه « التسليم بالدعوى فى دورها القانونى » . انظر جيرار طبعة ١٩١١ ص ١١٩ ، ٢٩٢ .

(٣) ولذلك سمى التحرير émancipation أى من طريق الاشهاد .

(٤) يحدث التبنى adoption فى عمليتين صوريتين ، الاولى اخراج الابن من سلطة أبيه الأصلى ببيعه صوريا ثلاث مرات لمشتر صورى . والثانية ادخاله فى سلطة أبيه الجديد بطريق الدعوى الصورية ، يدعى فيها بالأبوة فيسلم المدعى عليه ويصادق الحاكم القضائى على هذا التسليم . انظر كتاب مبادىء القانون الرومانى ص ٧٢ .

الخاصة بها كما تقدم ، وصل الرومان الى تعديلها كذلك من طريق التحايل على الاجراءات القضائية وشروط التقاضى . مثل ذلك أن يفترض الحاكم القضائى فى البرنامج الكتابى الذى يحيل به القضية الى المحكم للفصل فيها بحسب وقائعها ان المدعى الأجنبى رومانى ، حتى يستطيع المطالبة بحقه فى نزاع مدنى أو فى دعوى جنائية ، بعد ان لم يكن لفرد حق التقاضى أمام المحاكم الرومانيه الا اذا كان حرا وطنيا . وان يفترض أن الأرض الأقليمية أرض ايطالية ، حتى يتمكن صاحبها من حماية ملكيته اذا اعتدى عليها ومن استردادها اذا نزعت منه ، بعد أن كانت دعاوى الملكية العقارية مقصورة على الأراضى الايطالية [١] . وان يفترض أن المشترى أو الموهوب له — الذى اكتفى باستلام المبيع أو الهبة دون اتخاذ الاجراءات الشكلية الناقلة للملكية قانونا كالاشهاد — قد مضى على استلامه المدة القانونية المكسبة للتملك ، فاصبح التسليم طريقا لاكتساب الملكية [٢] . وان يفترض ان الابن المحرر من سلطة أبيه والزوجة التى تزوجت بغير خضوعها لسيادة زوجها ، وارث شرعى للأب أو للزوج المتوفى ، حتى يأخذ كل منهما من تركته نصيبا كالابن الخاضع لسلطة أبيه والزوجة الخاضعة لسيادة زوجها بعد أن كان الميراث الشرعى مقصورا على الذين كانوا فى سلطته عند وفاته [٣] .

فى القانون الانجليزى

كذلك كانت الحيلة وسيلة فعالة فى تطور النظم القانونية والقضائية فى

---

(١) جيرار ص ٤٠ ، ٣٥٥ موجز كيك ص ٣٠٧ .

(٢) Tradition انظر مبادىء القانون الرومانى ص ١٨٦ ، ومتى افترض أن المدة قد مضت أصبح المستلم فى حكم من تملك المال بمضى المدة Usucapio وهى من الطرق المنصوص عليها فى اكتساب الملكية .

(٣) جيرار ص ١٠١٦ .

القانون الانجليزى القديم ، بمثل ما كانت فى القانون الرومانى القديم، ولو أنها فى الأول كانت أوضح فعــلا وأعمق أثرا فى القواعد الشكلية منها فى المبادىء الموضوعية ، فترتب عليها اتساع سلطان المحاكم الملكية فى الدول على حساب المحاكم الاقطاعية والمحاكم الكنسية ، وخضوع المجرمين فى أكثر المسائل الجنائية للقضاء الملكى ، والتزام المدعى عليه بالمثول أمام هذا القضاء فى المسائل المدنية بعد ان لم يكن لهذا الالتزام وجود من قبل . وتم بكل ذلك توحيد السلطة القضائية فى البلاد . من ذلك أن تفترض المحكمة الملكية فى اعلان الدعوى الصادر منها أن المدعى عليه فى « حراسة أمين الملك [1] » لارتكابه جريمة تمس « أمان الملك » ، ومتى اعتبر كذلك وجب عليه الحضور الى المحكمة لأنه فى حكم المقبوض عليه ، وحينئذ تصح مطالبته بحق مدنى أمامها . ومن ذلك افتراض ان المدعى مدين بالضرائب للملك ولم يتمكن من سداد المقرر عليه لماطلة المدعى عليه فى دفع دينه ، وبهذا يصبح المدعى عليه كأنه مدين للملك ويلزم بالحضور الى محكمته . ومن ذلك افتراض الاعلان الصادر فى دعاوى الأراضى الواقعة فى اختصاص محاكم النبلاء الاقطاعية أن « اللورد تنازل عن النظر فى القضية » [2] ، فتؤول عندئذ الى المحاكم الملكية للفصل فيها .

وقد نشأ عن امتداد ولاية المحاكم الملكية باستعمال هذه الحيل القضائية تطور آخر فى قواعد القانون غير الشكلية وهو تكوين مبادىء جديدة لدى هذه المحاكم كلما انتقلت الى اختصاصها مسائل أو حالات جديدة . على أن أثر الحيلة لم يكن مقصورا على تنظيم القضاء واجراءاته بل تجاوزه الى تهذيب القواعد الموضوعية

---

(١) « in the Custody of the King's Marshal » انظر Deans, Legal History p. 761 & s.

(٢) « The Lord has renounced his court » انظر Jenks, Short History of English Law, p. 51

بصورة مباشرة ، كما حدث في توسيع فكرة الجرائم العامة بالتدريج على الأفعال الضارة بالمجتمع بافتراض أنها مخلة « بأمان الملك[1] » ، بعد أن كان هذا الوصف في أصله لايتعدى جرائم الاعتداء على الملك أو على أحد في بيت الملك .

في الشريعة الاسلامية

أما الشريعة الاسلامية فان انشاء نظمها وتطورها يكاد أن يخلو من الحيلة ، وهذا راجع الى بساطة اجراءاتها ، والى أن أحكامها مستمدة في غالب الأحوال من أصول وقواعد كلية واردة في القرآن والسنة ، تاركة المسائل التفصيلية الى اجتهاد الفقهاء والقضاة[2] . ومع هذا فقد نجد فيها بعض الأمور المفترضة التي ترتب عليها بناء أحكامها ، كالافتراض بأن المورث حي تستمر ملكيته على تركته اعتبارا الى أن تسدد ديونه . وهذا الافتراض راجع الى رغبة الفقهاء في منع تصرف الوارث في أموال التركة قبل الوفاء بديونها ، وفي عدم ترك هذه الأموال مباحة في خلال الفترة التي تمضي بين الوفاة وبين قضاء الدين حتى لاتكون سائبة[3]. ومن هذه الأمور المفترضة أيضا اعتبار المفقود مورثا حكما

---

(١) Breach of the King's Peace.

انظر Deans. p. 107 et. s. Jenks, p. 35

(٢) منها الأمر العام الوارد بالوفاء بالعقود في سورة المائدة ، والنهي العام الوارد عن أكل أموال الناس بالباطل في سورة النساء ، والمبدأ العام القاضي بأن لاضرر ولا ضرار والوارد في السنة — راجع محمد بك الخضري — تاريخ التشريع الاسلامي ص ٥٤ .

(٣) المبسوط لشمس الدين السرخسي ، مطبعة السعادة ، جزء ٢٩ ص ١٣٧ : « قال علماؤنا اذا كان الدين محيطا بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة . وان لم يكن فكذلك في قول لأبي حنيفة . . . وحجتنا في ذلك قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين . . . فيكون حال الدين كحال حياة المورث في المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف ولا نقول يبقى مملوكا بغير مالك ، ولكن تبقى مالكية المديون في ماله حكما لبقاء حاجته » .

كالميت حقيقة ، وتوزيع أمواله على « ورثته » مع أن الميراث خاص بتركة المتوفى [١] . ومنها اخيرا اعتبار الجنين شخصا حيا قبل ولادته اذا مات المورث اثناء حمله حتى يكون له نصيب فى تركته [٢] .

وفى خلال العهد العباسى بعد أن تكونت المذاهب الفقهية وتنوعت البحوث العلمية فى أصول الشريعة وأحكامها ، لجأ بعض الفقهاء الى ابتداع الحيل للتخلص من بعض الأحكام الشرعية ، من طريق اجراءات أو تصرفات صورية يترتب عليها اسقاط الحق أو الواجب . كأن يهب الشخص ماله لابنه أو زوجه فترة قبيل تمام الحول ثم يستوهبه اياه ثانية . وبذلك يزول الشرط اللازم لوجوب الزكاة من المال وهو بقاؤه حولا فى يد صاحبه . وجمهور العلماء ينكرون مثل هذا الاسلوب فى الشريعة ويرونه ضربا من الخداع الممقوت [٣] .

افتراض الصلة الدموية

ولعل أقدم الافتراضات القانونية عهدا وأبلغها أثرا فى حياة الجماعات الفطرية افتراض القرابة الدموية . فقد كانت العلاقات بين الأفراد فى مستهل الحياة الاجتماعية محصورة فى افراد الأسرة الواحدة ، وكان المبدأ الأساسى أن الذين لا تربطهم بالأسرة صلة الدم أماعدو وأما رقيق . فارق الواقع هذا المبدأ ونشأت الروابط السلمية والمصلحية بين غير الاقرباء ، دون أن تبنى على مبدأ جديد ينسجم

---

(١) ابن عابدين جزء ٥ ص ٦٦٢ .

(٢) ابن عابدين — المرجع السابق — ومثل هذه الافتراضات كان معمولا بها عند الرومان . فالأصل فى القانون الرومانى أن الشخصية تولد مع الشخص بولادته وتنقطع بموته ، غير أنه قد تخلق للانسان قبل ولادته شخصية فيعتبر شخصا حيا وهو جنين ما دام هذا الاعتبار لصالحه ، وقد تبقى شخصية الانسان بعد وفاته فيعتبره القانون حيا وهو ميت ما دام هذا الاعتبار لصالح ورثته . انظر جيرار ص ٢٩١ .

(٣) راجع محمد بك الخضرى — تاريخ التشريع الاسلامى ص ١٧٤ .

معها ، ودون أن تصاغ فى تعبير جديد يلائمها ، بل أن العضو الغريب فى كل جماعة كان يعامل معاملة القريب ، والرابطة التى تصله بها كانت تعتبر رابطة قرابة . وذلك لأن عقلية الجماعات الفطرية كانت تقصر عن التسليم بوجود نظام يجمع بين الأفراد أو ينشىء بينهم علاقات الا ان كان صادرا عن صلة عائلية ، فلم تجد بدا من التوسع فى فكرة القرابة حتى تشمل نظما ليس لها أساس صحيح من هذه القرابة ، ومع ذلك كان يترتب عليها من الحقوق والواجبات بل ومن المشاعر النفسية مايترتب على الصلة العائلية .

وعلى هذا الأسلوب من التفكير الفطرى كان افتراض الصلة الدموية أساسا لنظم مختلفة سياسية واجتماعية ، ولنظم فى المعاملات ، وفى الأحوال الشخصية من زواج ونفقة وارث ، وكثير من هذه النظم لم يكن مقصورا على شعب واحد بل كان عاما على شعوب عديدة ، هندية ولاتينية وجرمانية وعربية . وسنرى فيما يلى أمثلة للدور الذى قام به هذه الافتراض فى تكوين هذه النظم وتطورها فى المجتمع الانسانى : —

١ — **الدولة فى القديم** — كانت كل جماعة سياسية فى العهد القديم ، وهى التى تقابل الدولة فى العصر الحديث ، ينتسب أفرادها أو رعيتها الى أصل واحد ، وهذا راجع الى الاعتقاد بأن صلة الدم هى الأساس الوحيد لأية هيئة يشترك أعضاؤها فى حقوق سياسية . أما أن عددا من الناس ينضمون فى وحدة سياسية بما تشمله من حقوق وواجبات عامة ، لمجرد أنهم يعيشون فى قطر واحد ، فهى فكرة كانت بعيدة كل البعد عن أذهان أسلافنا الأوائل . ولذلك فانه رغما عن تدخل الغريب فى كل جماعة ، فانهم كانوا يفترضون أنفسهم من نسل واحد . وقد تدرجت الجماعات الفطرية نحو تكوينها فى هيئات سياسية ، من أسرة خاضعة لسلطة أب واحد ، فالى عشيرة تعبد جدا واحدا ، فالى قبيلة ترجع الى أصل

واحد ، ثم الى شعب أو دولة تنتسب لجنس واحد [١] . وفى كل دائرة من هذه الدوائر التى وصلت باتساعها الى تكوين الدولة دخلت عناصر أجنبية واندمجت فى الأقارب ، سواء أكان ذلك بطريق التبنى فى دائرة الأسرة [٢] ، أم بطريق انضمام النزلاء فى دائرة العشيرة ، والمهـــاجرين من القبائل الأخرى فى دائرة القبيلة [٣] . ومن هذا يتبين لنا أن بناء الدولة على أساس الصلة الدموية كان بناء صناعيا ومع ذلك كان المعتقد أنه الوضع الطبيعى للهيئة السياسية القديمة، حتى أن قدماء الارلنديين كانوا يطلقون اسما واحدا على الأسرة وعلى العشيرة وعلى القبيلة وهى الوحدة السياسية القديمة [٤] . أما علة تأثير هذا الافتراض فى نفوس الأقدمين واخلاصهم لهذا الاعتقاد مع علمهم بمخالفتة للواقع ، فانها ترجع الى اشتراك أفراد القبيلة أو الهيئة السياسية فى العبادة وفى القربان الدينى، وترجع بالأخص الى العبادة السائدة فى الديانات القديمة وهى عبادة الأجداد ، متى أخذ الغريب بنصيبه فيها سهل الاعتراف بانتسابه الى الجد الذى اشترك فى عبادته [٥] . وبذلك قامت الدولة القديمة على وحدة العبادة ووحدة النسب .

ولما تكونت كل جماعة على هذه الصورة وشعرت بعد ذلك بقوتها وكيانها نبذت مع الزمن افتراض القرابة كوسـيلة لتوسيع نطاقها ، وضمت اليها عناصر

---

(١) نجد هذا فى بلاد اليونان وفى روما وفى ارلندا وفى عرب الجاهلية وفى الشعوب العبرية والهندية — راجع Maine, Early Institutions, p. 231 ، وكتاب تاريخ الأمم الاسلامية للاستاذ محمد بك الخضرى طبعة أولى ص ١٦ ، وكتاب التوراة سفر التكوين اصحاح ٢٥ وما بعده . وهو المرجع الذى سبقت اشارة اليه فى الفصل الأول .

(٢) كان التبنى نظاما شائعا فى الشعوب الأولى كاليونان والرومان والجرمان والهنود والعرب — انظر جيرار ص ١٧١ هامش .

(٣) وهذا ما يقابل التجنس فى الدولة الحديثة .

(٤) وهذا الاسم هو Fine أى أسرة ، Maine, Early Institutions, p. 231 .

(٥) Maine, Ancient Law, p. 189 & Early Institutions, p. 231 .

أجنبية وجماعات أخرى لم تطمع فى ادعاء وحدة القرابة أو فى الاشتراك فى العبادة مع أصلاء الدولة الأولين ، وقد رفعوا أنفسهم عند ذلك الى مرتبة الاشراف والخاصة واستأثروا بالحقوق السياسية دون الدخلاء والعامة الذين لم يحظوا بنعمة الانتساب لأصلهم أو جنسهم ، وهو المبدأ الذى يعتبر أساسا للشخصية السياسية فى الدولة ، كما كان فى روما وفى اليونان . لكن هذا الاسراف فى حرمان العامة وفى اضطهادهم علمهم مبدأ آخر أسمى مكانة وأشد قوة ، مبدأ الصلة الوطنية أو الانتساب الى وطن ثابت الحدود ، وهو المبدأ الذى أصبح أساسا لكل دولة فى العصور الحديثة .

٢ — *عقود جديدة* — لم يكن افتراض القرابة مقصورا على انضمام الغريب الى غيره فى تكوين الجماعات القديمة ، بل امتد الى بعض الروابط والمعاملات التى نراها الآن ناشئة عن التعاقد وحده . ومن هذه الروابط رابطة الشركة ورابطة الوكالة . فالعلاقات بين الشركاء انما كانت مشتقة فى القديم من افتراض الصلة الدموية بينهم وبغير هذا الاعتبار لم يقم مسوغ لوجودها . وقد كان يطلق فى ارلندا تعبير واحد على الورثة فى التركة وعلى الشركاء فى الشركة ، اشارة الى اعتبار القرابة أساسا لتشاركهم . وقد بقيت الى عهد حديث فى تشكيل بعض الشركات الانجليزية التجارية ذات الأصل القديم آثار الصلة المفترضة بين الأقارب « المتضامنين فى الطعام والعبادة والمال [١] » . وكان عند الرومان فى القديم نظام « الشركة العامة »[٢] ذات المسئولية المطلقة ، التى تجعل جميع أموال كل شريك واقعة فى مال الشركة وتجعل الشركاء مسئولين عن كل ماتسأل عنه الشركة . مثل هذه الشركة لا تنشأ فى العصر الحديث عن العقد ، وان كانت تحدث فى

---

(١) "Joint in food, worship and estate" Maine, Early Institutions p. 233

(٢) Societas omnium (ou universorum) bonorum.

بعض البلاد عن الزواج [١] ، ولـكنها كانت تقوم فى القديم على افتراض صلة الأخوة بين الشركاء ، ثم تهذبت وأصبحت منسوبة الى قوة التعاقد وحده .

كذلك كان الأمر فى عقد الوكالة عند الرومان ، ففى شرائع العصر الحالى، اذا تعاقد الوكيل مع الغير نيابة عن الأصيل ، يكتسب الأخير ماينشأ عن العقد من الحقوق ويلتزم بما يترتب عليه من الديون، كأنه حضر بنفسه فى العقد دون الوكيل ، ولا ينشأ عن العقد بالنسبة للوكيل دين أو حق كأنه لم يحضر فى العقد . ويعبر عن هذه النتيجة المزدوجة بأن « الانابة كاملة » ، أى أن الوكيل يمثل الأصيل فى العقد تمثيلا تاما تفنى به شخصية الوكيل فى شخصية الأصيل .

لم يصل الرومان الى هذه القـاعدة المطلقة ، وانما كانت الوكالة عنـدهم فى العهد القديم خالية الأثر فى الانابة ، فكان الحق أو الدين الناشىء من العقد يرجع الى الوكيل وحده ، هو الذى يكتسب الحق ويلتزم بالدين دون الموكل ، وهو الذى يطالب بالحق ويوفى بالدين ، وبعد ذلك ينقل الى الاصيل ما اكتسبه أو قبضه من الحقوق ، ويرجع عليه بما دفعه من الديون . غير أن الانابة كانت كاملة الأثر اذا حضر عن رب الأسرة فى العقد ابنه أو رقيقه ، أى اذا حضر عنه وكيل تربطه بالموكل صلة عائلية ، نظرا لوحدة الشخصية المترتبة على هذه الصلة . ثم تعدل المبدأ الاول مع سرعة تبادل المصالح وتقدم التجارة ، وأصبحت الانابة ذات أثر مباشر على الاصيل بالنسبة للديون الناشئة من العقد فى كل حال، وبالنسبة للحقوق فى بعض الاحوال . ومن المحتمل أن فى هذا التطور ظلا لذلك الاندماج التام الذى يحدث بين فردين يشتركان حقيقة أو حكما فى عضوية أسرة واحدة .

---

(١) كما قد يحدث من الزواج فى فرنسا حيث تندمج اموال الزوجة وأموال الزوج فى شركة تحت ادارة الزوج ويسمى هذا النظام فى القانون الفرنسى Régime de la communauté

وانه تطور جاء من طريق التوسع فى فكرة القرابة حتى شملت ما بين الوكيل والموكل من صلة [1].

٣ — *موانع من الزواج* — يدخل فى افتراض الرابطة العائلية حالات قانونية أخرى تولدت عنه فى كثير من الشعوب الأولى ، ولا زال لها بعض الأثر فى العصور الحديثة . وكلها حالات تشملها فكرة واحدة تتلخص فى أن صلات الأفراد — مادية ونفسية — قد تصاغ فى وضع عائلى ، اذا جمعتهم عقيدة واحدة أو علاقة مقدسة أو ظروف من شأنها أن تغذى بينهم روح العطف والولاء ، وحينئذ ينشأ بينهم من الواجبات والحقوق ما ينشأ عادة بين أعضاء الأسرة الواحدة .

ومن ذلك القرابة الروحية الناتجة من الصلة الدينية ، فى الدولة الرومانية المسيحية ، بين وكيل المعمودية أو « الاشبين » [2] و بين المعمّد وأسرته ، تلك القرابة التى أصبحت مصدرا لكثير من موانع الزواج على مستوى واحد مع القرابة الطبيعية والمصاهرة ، فليس للوكيل مثلا أن يتزوج ممن تولى تعميدها لأنه منها فى منزلة الأب . وعلى هذا الاعتبار أيضا منع الزواج بين الوصى أو ابنه وبين الفتاة الخاضعة لوصايته . والى جانب هذا نشأ فى أرلندا القديمة نظام من القرابة الاعتبارية أساسه الرضاعة ، فقد أفرد القانون الارلندى القديم [3] فصلا خاصا بالحقوق والواجبات المترتبة على استلام طفل لارضاعه وتعليمه . ذلك لأن صلة

---

(١) انظر مبادىء القانون الرومانى للمؤلف ص ٢٧٨ ، Maine, Early Institutions p. 235 .

(٢) Sponsor أنظر Sherman, Roman Law in the Modern World, v. 1, p. 131

(٣) واسمه Senchus Mor ، وقانون الرضاعة يسمى Law of Fosterage راجع Maine-Early Institututions, p. 241

الرضاعة وان كانت صناعية فى بداءتها ، ولـكنها تتخذ مع الزمن حالة تكاد لا تفترق فيها عن صلة البنوة الطبيعية . ولم يكن نظام الرضاعة خاصـا بالقبائل الارلندية ، وانما كان منتشرا فى الشعوب الآرية ، وعند الهنود خصوصـا ، وكذلك كان معمولا به لدى الجماعات العربية فى عهد الجاهلية وفى الاسـلام ، حيث أفضت الى آثار شرعية تماثل ما تفضى اليه صلة القرابة ، فقد حرم القرآن على الرجل — فى عبارة تفيد معنى هذه الصـلة [١] — أن يتزوج ممن أرضعته ومن أخواته من الرضاعة ، ثم أتمت السنة وحدة الرابطتين بأن حرمت من الرضاع ما يحرم من النسب [٢] .

٤ — **نفقة وارث** — وهناك — عدا موانع الزواج — طائفة أخرى من الآثار القـانونية التى تعد ألصق من غيرها بالقرابة الطبيعية ، كانت شـائعة فى الشعوب العربية والرومانية والارلندية والهندية ، نقصد أحكاما للنفقة وللميراث نظمت بها صلات خاصة بين أفراد من نسل مختلف على غرار الصلة بين أفراد من نسل واحد .

فقد كان عند عرب الجاهلِية ، الى جانب نظام التبنى الذى أبطله الاسلام ، نظام يسمى « بولاء الموالاة » يعقده الرجل بالأيمان بينه وبين رجل آخر ليتناصرا فى الحياة ويتوارثا بعد الوفاة ، وهذا العهد يجعلهما فى مرتبة الأقربين ، ويوجب عليهما التعاون فى العيش ، ويكسب الباقى منهما حق الاسـتيلاء على ما اشـترط

---

(١) من سورة النساء « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامى لمحمد الخضرى بك ص ٤٥ .

من تركة أخيه اذا مات قبله [١] ، وقد أقر الاسلام هذا الولاء ولم يبطله [٢] .

وفى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية نوع آخر من الولاء قائم بين المعتق ومعتوقه ، يترتب عليه علاقات وواجبات تماثل ما بين الأب وابنه [٣] ، لأن المعتق سبب الحياة الحرة للرقيق ، والأب سبب الحياة الطبيعية للابن . وعلى هذا الاعتبار يلتزم المعتوق فى القانون الرومانى نحو مولاه بما يلتزم به الابن نحو أبيه ، من الاجلال لشخصه ، والخضوع لقضائه العائلى ، وأداء الخدمات اللازمة لسد حاجاته ، والانفاق عليه عند اعساره ، وللمعتق فوق ذلك حق الارث فى تركة معتوقه اذا مات عن غير وارث [٤] . وعلى هذا الاعتبار كذلك يلتزم المعتق فى الشريعة الاسـلامية ، على بعض المذاهب بنفقة عتيقه ، بل يتعدى هـذا الالتزام المعتق الى العصـبة من أقاربه عنـد موته ، و يمتد حق النفقة الى أولاد العتيق ان كان ولاؤهم لمولى أبيهم [٥] . واذا مات العتيق عن غير عصـبة من أقاربه آلت تركته الى معتقه أو الى عصبته من بعده [٦] .

---

(١) انظر تاريخ التشريع وأصول الفقه للأستاذ أحمد أبى الفتح بك ص ٤٦ . وكانت صيغة هذا الحلف بين كل من المتعاهدين قوله « دمى دمك وهدمى هدمك وترثنى وأرثك وتطلب بى وأطلب بك » — المرجع السابق .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامى لمحمد الخضرى بك ص ٥٣ ، وشرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاستاذ محمد زيد الابيانى بك طبعة ١٩٢٤ جزء ٣ ، ص ٥ ، وسورة النساء فى قوله تعالى « ... والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ... » .

(٣) الولاء فى اللغة النصرة والمحبة ، وفى العرف قرابة حكمية حاصلة من عتق أو موالاة . راجع شرح الأحكام الشرعية للأستاذ زيد بك — المرجع السابق — ص ٥ ، وراجع فى آثار العتق عند الرومان Huvelin, Cours de Droit Romain ص ٣٣٥ .

(٤) Huvelin, Cours de Droit Romain p. 335

(٥) نظام النفقات للأستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم بك ص ٥٩ ، ٦٠ .

(٦) محمد زيد الابيانى بك — المرجع السابق ص ١٩ .

٥ — **الرضاع الأدبي** — يتصل بهذه الطائفة من الآثار القانونية تلك الآثار التي كانت تنشأ في بعض الشعوب من التربية العلمية أو الدينية ، وقد كان قدماء الارلنديين يطلقون على هذا النظام اسم « الرضاع الأدبي »[1] ، وهو نظام كان متبعا في مدارس القانون التي أسسها العلماء « البريهون »[2] ، حيث يتولى المعلم حضانة الطلبة في بيته وتثقيفهم الثقافة القانونية والأدبية العليا بغير مقابل . كانت الصلة بين المعلم وطلبته في مرتبة الصلة بين الأب وأبنائه ، بل جعل القانون الارلندي للأب من الرضاع الأدبي على طلبته السلطة الأبوية التي جعلت للأب على ولده ، وقرر له حق الانتفاع مدى حياته بجزء معين مما قد يؤول من الأموال لابنه من الرضاع ، وهو بمثابة حق النفقة الواجب على الابن لأبيه ، ولذلك لم يكن المعلم البريهوني وتلاميذه مدرسة بالمعنى الحديث بل أسرة بمعناها الصحيح .

وانا لنجد لهذا الوضع العائلي صورة أكثر قوة ووضوحا عند الهنود في الروابط القانونية بين المعلم البرهمي وتلاميذه ، فهو لا يقبض منهم أجرا عاجلا على ما يتلقونه من تعاليمه الدينية ، ولكن القانون الهندي يحتفظ له في مواضع كثيرة من نصوصه بحق الميراث في أموالهم بعد وفاتهم ، بل ان هذا الميراث يتنقل بين أعضاء المعهد الواحد تنقله بين أفراد العشيرة الواحدة . فقد قررت النصوص البرهمية ، ومنها ما هو منسوب الى مانو ، ان الميت « اذا لم يكن له ولد ذكر ورثه أقرب أقربائه ، وان لم يكن له أقارب فمعلمه الديني ، وان لم يكن فتلميذه الذي تلقى عنه » ، ويضيف الشراح الى ذلك أنه اذا لم يكن معلمه وتلاميذه أحياء عند موته ذهبت التركة الى زملائه في الدراسة . وقد نظرت على ضوء هذه المبادىء

---

(١) Literary Fosterage راجع Maine, Early Institutions, p. 242 .

(٢) Brehons ، وكان المعلم منهم يعبر عنه بكلمة Foster-father أى الأب من الرضاع ، والتلميذ يعبر عنه بكلمة Foster-son أى الابن من الرضاع — انظر المرجع السابق .

بعض القضايا الحديثة فى سجلات القضاء الهندى[1].

فنى ارلندا وفى الهند لم تكن الصلة بين أفراد الجماعة العلمية صلة فكرية فحسب ، وانما كانت تعتبر كذلك صلة دموية . ومن الغريب أن هـذا الاعتبار تطور بعد ذلك الى حقيقة ، عند ما اتجهت الأفكار الى الاعتقاد بأن العلم الدينى والميل اليه والاستعداد له ، صفات وراثية تنتقل من الآباء الى أبنائهم ، وتسرى فى دماء الذين تناسلوا من العلماء ، فانتهى الأمر الى استئثارهم بهـذه المعاهد والجماعات الدينية دون غيرهم من أبناء الناس ، وبهذا الأسلوب تكونت طائفة دينية وراثية مقدسة ، ونشأت الطوائف الاجتماعية الأخرى[2] ، مما لا يزال أثره قائما فى الهنود الى اليوم .

الحيل فى العصور الحديثة

قلنا ان الحيلة كانت تستخدم فى بعض صورها وسيلة اعتبارية لتبرير بعض النظم والمبادىء المتبعة فى بعض الشرائع ، وهـذه الصورة أوضح ما تـكون فى العصور الحديثة التالية للقرون الوسطى ، ونجدها متمشية فى أراء الفقهاء والفلاسفة عنـد بحث العلة فى نظام سائد أو يجب أن يسود فى القانون أو فى المجتمع . من ذلك ما جاء فى أقوال واضع مجموعة « قانون فريدريك » الألمانى[3]، تعليلا لحق التوريث ، من « أن الوارث والميت شخص واحد وعلى ذلك يجب أن يستمر الوارث فى الاستمتاع بملك الميت » ، فالعلة القانونية لحق التوريث هى وحدة الشخصية بين الحى والميت . ويماثل هذا ما يقوله فقهاء الانجليز فى تبرير مبدأ

(١) Maine, Early Institutions p. 244

(٢) Maine, Early Institutions, p. 246

(٣) Code Frederic, part ii, I, 110 p. 156 والنص مذكور فى كتاب بنتام — Bentham, Theory of Legislation, translated by Dumont, p. 71.

مصادرة أموال المجرم فى بعض الحالات ، كما فى جريمة الخيانة العظمى ، من أن ارتكابها يدل على «فساد فى دمه العائلى يترتب عليه ايقاف سير الارث الشرعى» ، فاذا قضى على المجرم فيها بالاعدام فلا تصير أمواله الى ابنه وتصادرها الدولة ، بل يحرم هـذا الابن البرىء من ارث جده ان كان حيا ، لأن السبيل الذى تعبره الأموال من الأصل الى الفرع قد فسد بالجريمة وانقطع مجراه[1] . و يتصل بهذا الأسلوب أيضا تعليلهم لسلطة الملك وامتيازاته كانعدام مسئوليته أمام القانون ، بأن « الملك معصوم من الخطأ »[2].

وثمت تعليل صورى أكثر جرأة وأكبر أثرا فى نظام المجتمع السياسى ، وهو اسناد تشكيل الدولة الى « عقد اجتماعى » كله احتيال على الواقع . فالكاتب الانجليزى « هو بز » يقرر ، امعانا منه فى الدفاع عن الاستبداد ، أن نظام الدولة قائم على عقـــد بين الناس وصاحب السلطان ، تخلوا فيه عن حريتهم الطبيعية وعهدوا الى أميرهم بكل سلطة فيهم وأفنوا ارادتهم فى مشيئته ، فلا سبيل بعـد ذلك الى مقاومته لأنه يصدر فى كل أمر عن رضاء سابق منهم . والفيلسوف الفرنسى « روسو » ، حرصا على سلطة الشعب وحريات أفراده والمساواة بينهم ، يجعل هذا العقد قائما بين أفراد الأمة جميعا ، كل منهم تخلى فيه للمجموع عن جزء من حريته ضرورى لسلامة المجتمع ، وكان هذا فى نظره أساس الدولة وسلطان الأمة . وكلا العقدين خيال وافتراض ، فالحكم المطلق لم يقم الا على القوة المادية أو العقيدة الدينية ، والعقد الاجتماعى الذى زعمه « روسو » لا أثر له من الحقيقة

---

(١) وقد ألغيت عقوبة مصادرة أموال المحكوم عليه فى انجلترا بقانون صدر فى سنة ١٨٧٠ — راجع كتاب الأستاذ جودبى Goadby, Commentary on Egyptian Criminal Law, 1924, part I, p. 265.

(٢) "The king can do no wrong"

فى التاريخ بل يناقضه الواقع[١] .

ولذلك فان كبيرا من علماء الانجليز[٢] قد حمل حملة قاسية على هذا التحايل فى التعليل ، ووصفه بالسخافة والخديعة أينما كان يجده ، واعتبره مدعاة لتصغير هذه النظم من حيث يراد بها الاكبار والاحترام ، مع امكان تأييد كثير منها بعلل معقولة راجعة الى الصالح العام . و يسلم غيره من الكتاب بأنه لا يجدر بأمة حديثة أن تلجأ الى أسلوب فطرى كالحيلة لتقرير مبدأ صالح أو تعليل نظام سليم[٣] .

ومع هـذا فان التشريع الحديث لم يقطع كل صلة بالافتراض تحايلا على الواقع أو على القانون ، وقد كانت الحيلة فى العصور القديمة فى الغالب أداة يستعين بها القضاة أو الأفراد لتعديل حكم النصوص أو توسـيعه ، فاذا بالحيلة فى العصر الحديث مقررة فى النصوص مع اشتهار مخالفتها للواقع الملموس ، فنظام التبنى واردة أحكامه ونتائجه فى معظم القوانين الحديثة ، والشخصية المعنوية التى تتمتع بها بعض الجماعات أو الهيئات منظمة فى التشريع الحديث ، وهى افتراض ورثه العصر الحاضر من القانون الرومانى . ولم يعدم قانوننا المصرى الحالى قواعد مستندة الى الحيلة ، فقد نص فى موضع من القانون المدنى[٤] ، على أن الهبة يجب أن تكون فى عقد رسمى والا كانت باطلة ، ما لم تكن قد وضعت فى صيغة عقد آخر ، و بهذا النص أفسح القانون سبيل الحيلة لمخالفة أمره وتعديل حكمه .

---

(١) Vidal et Magnol, Droit Criminel, 1928 p. 59.

(٢) Bentham, Theory of Legislation, p. 71 et s. وقد جاء بهـذه التعليلات المختلفة وتناولها بالنقد والتهكم .

(٣) Maine, Ancient Law, p. 32.

(٤) مادة ٤٨ مدنى أهلى و ٧٠ مدنى مختلط .

— ٣ —

مبادىء العدالة

تعريف العدالة — مصدر العدالة — فى القانون الرومانى — نظرية القانون الطبيعى — فى القانون الانجليزى — العدالة فى الشريعة الاسلامية — العدالة والقانون الطبيعى فى العصور الحديثة .

تعريف العدالة

توسع بعض المؤرخين فى معنى الحيلة فاعتبره شاملا كل اصلاح أو تغيير فى القانون مع الاحتفاظ بنصوصه ، وأطلقه على جميع مبادىء الفقه الرومانى وعلى أحكام القضاء الانجليزى ، وقد كان لكل من اراء الفقهاء عند الرومان وأحكام القضاة عند الانجليز قوة واحترام لا يقلان عن قوة القواعد الصادرة من سلطة تشريعية والاحترام الواجب لها فى المحاكم ، فان الواقع فى الحالتين أن القانون قد تغير والافتراض أنه باق على حاله [١] . لكن كثيرا من القواعد الجديدة التى وصل اليها الفقه فى روما والقضاء فى انجلترا لم يكن تحايلا على نصوص القانون وتقاليده ، بل كان مبنيا على النظر العقلى ومستمدا من مبادىء العدالة [٢] ، وهذا هو العامل الثانى فى تطور النظم القانونية وتهذيبها .

ومبادىء العدالة هى تلك القواعد القائمة الى جانب قواعد القانون الأصلى مؤسسة على وحى العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعى بين الناس ، والتى ترمى الى تعديل قواعد القانون أو الحلول فى مكانها ، بفضل ما فيها من القوة المعنوية المستمدة من سمو مبادئها .

---

(١) Maine, Ancient Law, p. 31

(٢) Pollock, Notes on Ancient Law, p. 46

تختلف هـذه الوسيلة عن الحيل القانونية بأنها تتدخل فى تطبيق القانون بصورة مباشرة وتعدل فى أحكامه صراحة ، أما الحيل فانها تصل ، بصورة مستورة غير مباشرة ، الى تغيير القانون فى معانيه مع احترام نصوصه ظاهرا . وتتميز العدالة عن التشريع بأن قوتها لا تستند الى هيئة حاكمة أو سلطة تشريعية ، وانما تستند الى طبيعة مبادئها وسلامتها من حيث اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق . وهى تتصل بدور اجتماعى حديث اجترأ فيه الناس على تقاليـدهم ، وعمدوا الى مخالفة النصوص صراحة متى ظهرت لهم معالم الشدة والظلم فى أحكامها ، فلا بد أن يكون لاحقا للدور الذى نشأت فيه فكرة الحيل القانونية ، حين كان الناس يقدسون النصوص والتقاليد ، و يحتالون على نتائجها من طريق الافتراض .

مصدر العدالة

عمت هـذه الوسيلة الشعوب التى تطورت شرائعها فى العصور القديمة ، واستقت مبادئها من مصدر واحد وهو العقل وشعور العدل فى النفس ، ولـكن هذا المصدر الفرد اتخذ باختلاف الشعوب صورا مختلفة ، فقد كان مصدر العدالة عند الرومان «قانون الشعوب» ، وكان مصدرها عند اليونان «قانون الطبيعة» ، ثم أصبح هذا «القانون الطبيعى» صورة لمصدر العدالة عند الرومان منذ بدء العصر العلمى ، وكان مصدرها عنـد الانجليز « ضمير الملك » ، أما مصدر العدالة فى الشريعة الاسلامية فهو العقل وحكمة التشريع فى الاسلام . وسنرى تفصيل ذلك كله فى بيان أثر العدالة فى تطور هذه الشرائع المختلفة كما يلى :—

العدالة فى القانون الرومانى

كان الرومان يعتبرون أن علاقاتهم ومعاملاتهم خاضعة لنوعين من القوانين ، القانون القومى الذى تكون من نظمهم وتقاليدهم ، والقانون المستمد من المبادىء

السائدة فى جميع الأمم . وتأييدا لهذا نصت احدى مدونات الامبراطور «جستنيان» ، على «أن كل الشعوب التى تخضع للقوانين والعادات انما تخضع فى جزء من أحوالها للقوانين الخاصة بكل شعب ، وتخضع فى جزء آخر لتلك القوانين العامة على النوع الانسانى . فالقانون الذى يضعه كل شعب لنفسه يسمى «قانونه المدنى» ، والذى يبينه العقل الطبيعى للانسانية كلها يسمى «قانون الشعوب» ، لأن جميع الشعوب تعمل به [1] » . أما النوع الأول عند الرومان ، أى القانون المدنى ، أو قانون الرومان ، فهو ينحصر فى قواعد الألواح الاثنى عشر والنصوص التى صدرت مكملة له ، وهو مخصص لأهل مدينة روما ينفردون بنظمه واجراءاته . وأما النوع الثانى ، وهو قانون الشعوب ، فهو الذى أنشأه فى الدولة الرومانية الحاكم القضائى مستخلصا اياه من المبادىء العامة المتبعة فى مختلف الشعوب ، ومن هذا اتخذ اسمه الذى عرف به . ومن هذه المبادىء العامة التسليم بصفته سببا كافيا لنقل الملكية دون اجراءات شكلية أخرى ، والاستيلاء والاضافة كطريقين لاكتساب الملكية[2] .

وترجع ظروف انشائه الى العهد الذى لم يكن فيه للأجانب الذين نزحوا الى المدينة الرومانية ، رغم استقرارهم فيها وتبادلهم وأهلها المصالح المختلفة من تجارة وتعامل وتزاوج ، حق الاحتماء بقانون المدينة والاشتراك فى نظمه واجراءاته . وقد قضت الضرورة ، صونا لمصالح الأجانب والرومان جميعا ، أن تنظم العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية والصلات الشخصية بين القاطنين فى المدينة من رومان وأجانب على اختلاف أجناسهم ، ومن أجل هذا عهد بتلك الشؤون الى حاكم قضائى[3] أنشئت وظيفتة خصيصا لها ، فأخذ فى اقتباس

---

(١) Institutions ونص هذه الفقرة مترجم الى الانجليزية فى كتاب الأستاذ «مين» المشار اليه فى المرجع السابق ص ٤٩ .

(٢) هذه المبادىء الثلاثة من القواعد التى لا يقرها قانون الرومان القديم .

(٣) وأطلق عليه اسم « بريتور الأجانب praeteore peregrinus » ، وقد أنشئت وظيفته فى روما حوالى منتصف القرن الثالث قبل الميلاد .

القواعد العامة العادلة التى تقرها جميع الشعوب المجاورة ، والعادات التجارية المتبعة بين الأجانب المقيمين فى روما .

واستجمع مع الزمن طائفة كبرى من المبادىء العملية الخالية من الصبغة الشكلية ، والملائمة لأفهام الناس ولو تنافرت صفاتهم القومية . ومن المؤكد أن هذه الطائفة لم يصدر بها أو ببعضها تشريع رومانى ، بل كانت ثمرة النشاط القضائى ، كما أنها كانت قائمة على حاجات عملية لا على نظريات فلسفية [١] .

كانت قواعد قانون الشعوب فى مبدأ أمرها سارية على الأجانب فى روما دون قواعد القانون المدنى الذى اختص به الرومان دون غيره . أما لأن الرومان كانوا يعتزون بجنسهم ويعتبرون الأجانب أدنى منهم مرتبة ويرون فى مشاطرتهم نظمهم وطقوسهم تحقيرا بها [٢] ، واما لأن اجراءات الرومان فى العقود والدعاوى وتبادل الأموال كانت فى الأصل ذات صبغة دينية وقومية ، وكان قوامها عبارات واشارات رسمية دقيقة أقل خطأ فيها يضيع كل أثر لها ، فلم يكن من المستطاع اشتراك الأجانب فيها على اختلاف أديانهم ولغاتهم وتقاليدهم [٣] .

ولما تكامل قانون الشعوب على يد « البريتور » الخاص بالأجانب ، وأصبح أهلا لضبط جميع المعاملات والروابط القانونية ، وتفوق على القانون المدنى بعدالة مبادئه و بساطة اجراءاته وخلوه من التعقيد الشكلى ، لم يجد « البريتور » الخاص بالرومان بدا من أن يستعير بعض مبادئه ، وأن يقرها على الرومان فى تصرفاتهم ودعاويهم . ثم شعر الفقهاء فى العهد الأخير من الجمهورية بالحاجة الى تطبيق نظم قانون الشعوب على الرومان أنفسهم بدلا من القانون الرومانى العتيق ، واستعان الخطيب الفيلسوف « سيسرون » ، للوصول الى ذلك ، بمذهب القانون الطبيعى الذى استحدثته الفلسفة اليونانية ، و باسناد قانون الشعوب اليه . وكان

---

(١) Bryce, Studies in History and Jurisprudence, Vol. II, p. 133-135.

(٢) Maine, Ancient Law, p. 53 — Bryce, Studies, p. 130.

(٣) Pollock, Notes, p. 74.

للثقافة اليونانية فى ذلك العهد مكانة خاصة فى نفوس الرومان ، نظرا لفتور الايمان بالأديان القديمة فى قلوب المتعلمين منهم وشعورهم بالحاجة الى بديل عنها فى حكمة اليونان [١] . فارتفع شأن قانون الشعوب واندمج فى القانون الطبيعى ، وأصبح المثل الأعلى الذى يجب أن تنسج عليه نظم القانون المدنى .

نظرية القانون الطبيعى [٢]

كان علماء اليونان يبدأون فى وضع مذاهبهم بتأسيسها على الأشياء المادية ، ثم يتوسعون فى تطبيقها على الأمور المعنوية ، كما تقدم فى نظرية الآلهة ، اذ جعلوا كل اله منهم موكولا اليه حادث من حوادث الطبيعة المادية ، ثم زعموا أن المعانى النفسية ، كالحكمة والعدل ، يتولى أمرها آلهة مختصة بها . كذلك وضعت نظرية القانون الطبيعى : فالطبيعة — أو الكون المادى — بما تحتويه من الاجرام والكواكب والمخلوقات ، تسير على نظام ثابت محدود ، يوحى بأن قوة قاهرة توجه حركاتها ، وتتحكم فى ظاهراتها ، ومعنى هذا أن الطبيعة تخضع لناموس أو قانون خاص ينظمها . ثم ضم الفلاسفة بعد ذلك الى الكون المادى الكون المعنوى — الذى يشمل أحوال الانسانية من ميول ودوافع وشهوات ومن أفكار وجهود وعلاقات ، وكلها فى جوهرها متماثلة فى أفراد البشر — باعتباره خاضعا لقوة مفكرة تكونهم وتوجه نشاطهم الجسمى والنفسى على مبادىء محددة ولغايات معينة ، فاذا أطاع المرء هذه القوة المفكرة اتخذت دوافعه وجهوده سبيلها الصحيح المستقيم . فالقانون الطبيعى من الوجهة المادية هو النظام الذى ينفذ حتما فى الطبيعة أو العالم المادى ، وهذا ما لا شأن لنا به فى هذا المقام ، ومن الوجهة المعنوية هو المبادىء

---

(١) Bryce, Studies, p. 138

(٢) Droit naturel نسبة الى الطبيعة Natura أى الكون Univers, Kosmos

التى يوحى بها الطبيعة أو خالق الطبيعة الى أبنائها من النوع الانسانى[١] ، وكلتا الوجهتين تدوران حول فكرة واحدة وهى أن العالم تحيط به قوة مفكرة تنظم أموره وترقب أحواله .

نجد هذا التفكير سائدا فى المأثور من أقوال الأقدمين من فلاسفة اليونان وشعرائهم مثل صوفوكليس وسقراط وأفلاطون وأرستطاليس ، كلهم يفرقون بين القوانين أو التقاليد القومية التى وضعتها كل مدينة أو كل جماعة لنفسها ، وبين القانون الطبيعى أو العـدل المطلق الذى توحى به الارادة الالهية الى الانسانية ، وهو يمتاز عن كل قانون وضعى بأنه أقدم عهدا وأسمى منزلة و بأنه عام على أفراد النوع الانسانى وخالد على ممر الزمن[٢] .

---

(١) ويظهر الفرق بين الوجهتين فى المثل الآتى : من يضع أصبعه فى النار يجد فى الألم الذى يصيبه النتيجة الحتمية لقانون الطبيعة ، ومن يسرق مالا لآخر فهو يخالف القانون الطبيعى ولو أنه قد يعرف أمره ويعاقب وقد لا يعرف ولا يعاقب .

(٢) يذكر الشاعر اليونانى صوفوكليس Sophocles فى قصته المسماة Antigone « أن قوانين الأخلاق صادرة من الآلهة لا من الانسان الفانى ولا يستطيع النسيان أن يؤثر فى يقظتها » . ويؤثر عن سقراط قوله عن نفسه بأنه ملزم بطاعة الارادة الالهية دون ارادة سلطات الدولة ، وأن هذه الارادة الالهية تصل مباشرة الى شعوره الداخلى وهى العليا أمام ضميره . ويؤثر عنه فى موضع آخر مقارنته بين قوانين المدينة وبين قوانين غير مدونة عامة على جميع البلاد وهى التى وضعتها الآلهة للجماعات الانسانية . ومثل ذلك منسوب الى أفلاطون Platon اذ يوازن بين العدل المطلق والقانون الصالح وبين التقاليد والقوانين القائمة فعلا فى البـلاد المختلفة . ويشـير الحـكيم ديموستين Demosthenes الى أن القانون العام الذى وضع للانسانية يبيح للرجل أن يدافع بالقوة عن ماله . أما أرستطاليس Aristote فهو يقسم العدل الى نوعين ، العدل الطبيعى والعدل القانونى أو العرفى ، فالأول عام أعدته الطبيعة لجميع الناس ، والثانى خاص وضعته كل دولة لنفسها ، ويرد الفيلسوف على المعترضين الذين ينكرون وجود شىء اسمه العدل الطبيعى لأن العدل ليس واحدا فى كل مكان بينما ظاهرات الطبيعة واحدة فى كل مكان ، يرد على ذلك بقوله أن هذا الاختلاف صحيح غير أنه كما أن اليد اليمنى فى طبيعتها أقوى من اليسرى رغما من وجود أفراد يستخدمون أيديهم اليسرى ، كذلك القواعد الطبيعية أسمى من القواعد الوضعية وسائدة فى كل مكان رغما عن تطبيق مبادىء مخالفة لها فى بعض البلاد . راجع فى هذه الأقوال Bryce, Studies. ص ١٢٣ — ١٢٦ .

ثم تناول هـذه الفكرة بعد ذلك طائفة من الفلاسفة ، أطلق عليهم اسم «مدرسة الزهد»[1] ، وصاغوها فى نظرية قوية الدعائم سامية المعانى ، وبالأخص فى جانبها الخلقى . فقالوا بأن العالم تتملكه روح قاهرة السلطان ينظر اليها من ناحيتين ، ناحية « القوة العالمية » التى تبرز فى نظام العالم الخارجى أو المادى ، وناحية « العقل العالمى » أى « العقل الالهى » الذى يوحى بمبادىء القانون الطبيعى ، والذى ينعم الانسان بجزء منه يودع فى نفسه ويتولى قيادة قواه المختلفة فيهديها الى الطريق السوى ، بحيث اذا سلكه فقد أطاع طبيعته الحقيقية ، وعاش حياته الطبيعية المثلى . ولذلك كان أقدس واجب على الانسان أن يهتدى الى مبادىء العقل العليا أو مبادىء القانون الطبيعى وأن يسير على هداه ، والسبيل الى ذلك أن يعيش طبقا للطبيعة ، فى بساطة الحياة ، وفى الترفع عن مستوى التقاليد الشكلية والرسميات المعقدة المضطربة والمظاهر الكاذبة ، الى المستوى الطبيعى الذى ينال بضبط النفس وانكار الذات وكبح الشهوات ، هذا واجبه وسعادته معا ، لأن فيه خضوعا لوحى الطبيعة أو العقل الذى خلق كل شىء طبقا لارادته والذى به يصل كل شىء — اذا انسجم عليه — الى صحيح غايته والى ذروة سعادته . ومن هنا جاءت « فلسفة الزهد » اليونانية التى انتشرت فى الرومان على اختلاف طبقاتهم ازاء الترف والاسراف فى اللذات من طريق استعباد الشعوب بالاستعمار واستعباد الأفراد بالرق ، والتى قامت على عمد أربعة من الفضائل ، وهى الحكمة والاعتدال والشجاعة والعدل ، والفضيلة الأخيرة منها أساس القانون الطبيعى[2] .

---

(١) Stoicisme ، وقد سميت كذلك نسبة الى Stoa ومعناها الباب ، لان أول دعاتها زينون zeno الفيلسوف اليونانى كان يلقى تعاليمه على تلاميـذه ومريديه تحت أحد أبواب مدينة أثينا ، حوالى القرن الثالث قبل الميلاد

(٢) راجع فى بسط هذه النظرية . Bryce, Studies in History and Jurisprudence, p. 112 et s. Lee, Historical Jurisprudence, p. 255 et s. Sherman, Roman Law, V. I, p. 57 et s. Maine, Ancient Law, p. 48 et s. Pollock, Notes, p. 74 et s

ذلك مذهب القانون الطبيعى الذى انتقل الى الدولة الرومانية فى قالب مهذب خلاب على لسان « سيسرون » القائل بأن فى العالم « قانونا صحيحا مطابقا للطبيعة ساريا على جميع الناس ثابتا أبديا يتولى الله تأييده وعقاب من يخالفه[1] » . وقد جعله أساسا فلسفيا لقانون الشعوب ، فارتفع أفق البحث الفقهى ، واتسع نشاط « البريتور » فى تطبيق مبادئه على الرومان أنفسهم ، وكان تقدم القانون الرومانى على أثر ذلك فى خلال الامبراطورية الأولى سريعا مدهشا ، اذ تبسطت النظم القانونية وتجردت من المظاهر الشكلية والاجراءات الرسمية ، وأصبح حسن النية أساسا للمعاملات بين الأفراد ، وأزيلت الفوارق بين طبقات الأشخاص المختلفة ، من رومان ولاتين وأجانب ، ومن حر أصيل وحر معتوق ، ومن نبلاء وعامة ، كما أزيلت هذه الفوارق بين طبقات الأموال من نفيسة وغير نفيسة ، وبين أصناف الأراضى من ايطالية واقليمية ، وبين طرق نقل الملكية من اشهاد وتسليم ، وبين أنواع القرابة من مدنية مؤسسة على سلطة الأب وطبيعية قائمة على صلة الدم . وكانت هذه العملية المطردة ، عملية التسوية بين العناصر المختلفة والقضاء على الفوارق الشاذة فيها ، تسمى « العدالة » ، أى تعادل الأمور ووضعها

---

(١) Cicero, de office ، راجع Walton, Introduction to Roman Law, p. 356 وجوهر نظرية القانون الطبيعى التى وصفها سيسرون لقومه قائم على أن القانون الطبيعى أساس المبادىء الخلقية والقانونية وعلى أن الانسانية جماء أمة واحدة يستوى أفرادها فى نظر الطبيعة ويسودهم قانونها على السواء ، وهو قانون الشعوب الذى تتبعه جميع الأمم لاتفاقه مع العقل والذى يستمد قواعده وتقاليده من ارادة الانسانية وقبولها العمل به . وهذه الفكرة الأخيرة تتفق مع النظرية الحديثة القائلة بأن الأمة مصدر القانون ، وقد لاحظ سيسرون فى بعض كتاباته De offico ان ما اتفقت عليه الأمم يجب أن يعتبر من القانون الطبيعى . فاذا كان القانون الطبيعى من الناحية الفلسفية مستمدا من الله أو من الطبيعة ، فهو من الناحية التاريخية صادر من اجماع الشعوب ، وكان هذا أول عهده عند الرومان . راجع Bryce ص ١٣٩ وما بعدها .

مستوى طبيعى واحد[1] ، وقد كان هذا معناها القديم فى العهد الذى استمدت فيه العدالة نشاطها من قانون الشعوب ، فلما اتصلت بالقانون الطبيعى وانتسبت اليه اتخذت معنى خلقيا جديدا يفيد العدل أو وحى العقل والضمير الشريف .

يتبين مما تقدم أن مبادىء العدالة عند الرومان كانت فى أول عهدها مقتبسة من قانون الشعوب ، ثم اعتبر مصدرها القانون الطبيعى منذ القرن الأخير من الجمهورية ، عندما سوى الفقهاء بينه و بين قانون الشعوب بوصفه « مجموعة المبادىء المطابقة للعقل والمقبولة عند جميع الأمم[2] » . ولكن هذين المصدرين يختلفان فى الحقيقة ، لأن كثيرا من المبادىء الخلقية التى عليها القانون الطبيعى لا تجد تأييدا من قانون الشعوب ، ولأن كثيرا من النظم التى يقرها قانون الشعوب يأباها العقل وتنبذها العدالة الطبيعية ومثال ذلك الرق والأسر ، وقد جاء فى أكثر من موضع من مجموعة جستنيان المسماة « بالنظم » ، أن الناس جميعا خلقوا أحرارا بمقتضى القانون الطبيعى ، وأن الرق والأسر مخالفان لهذا القانون ، ولكنهما تولدا عن الحرب وأصبحا جزءا من قانون الشعوب ، ولذلك فهو يفرق بين الأحرار والارقاء والعتقاء[3] ، خلافا لقانون الطبيعة الذى جعلهم سواء .

العدالة فى القانون الانجليزى

عرفنا كيف كان مصدر العدالة عند الرومان وفعلها فى قواعد القانون الرومانى . ولم يكن أثرها فى القانون الانجليزى القديم أقل من ذلك ، فقد انتقل مذهب القانون الطبيعى من الأدب اليونانى والفقه اللاتينى فى خلال القرون

---

(١) Equité, Equity من الكلمة اللاتينية Aequitas ومعناها الأصلى تسوية أو توازن أو تعادل Nivellement, Levelling راجع Maine, Ancient Law, p. 63

(٢) Gaius, Ins, 2,1,1,1 راجع مبادىء القانون للمؤلف ص ٢٢ .

(٣) Ins. de Justinien, titres 1 et 5, Pollock, Notes on Ancient Law, p. 75 et 76.

الوسطى [1] الى اذهان الفقهاء والقضاة فى انجلترا ، حيث كان القانون الانجليزى القديم [2] مكونا من نصوص وتقاليد ضيقة عتيقة ، ولم يكن لمحاكم الملك العادية أن تحيد عنه ولو كان مخالفا للعدل فى ذاته . فأخذت مبادىء العدالة تتدخل فيه منذ القرن الثالث عشر على يد مستشار الملك الذى انتهى فى القرن الرابع عشر الى تشكيل محكمة خاصة برئاسته [3] ، يقوم فيها بادارة القضاء مستندا الى العقل دون القانون . على أن مبادىء العدالة فى انجلترا ، وان تشابهت معها فى روما من حيث قيامها على حاجات عملية وعلى سنة التطور الاجتماعى ، ومن حيث انتسابها فى الوقت ذاته الى أساس نظرى لا صلة له بحقيقة هذا التطور ، فانها تختلف عنها فى صورة هذا الأساس . فقد ظهر مما تقدم أن فقهاء الرومان ، بغية تبرير ما أحدثه « البريتور » من الأصلاح فى القانون ، استعاروا مذهب اليونان فى القانون الطبيعى مصدرا لمبادئه الجديدة . أما فى انجلترا فقد وضعوا لهذا المصدر تصويرا

---

(١) وضعت نظرية القانون الطبيعى خلال القرون الوسطى فى صيغة دينية بحتة ، فقد مزج علماء الدين المسيحى بين قانون الطبيعة وقانون الله ، وأقوالهم تشير صراحة الى أن « القوانين الانسانية تستند الى التقاليد وأن القوانين الالهية تستند الى الطبيعة » ، وأن « الطبيعة أو القوة التى تخضع لها كل الأشياء انما هو الله الذى خلق العالم » ، وأن « القانون الطبيعى كتبه الله على قلوب الرجال » ، وأن « القانون الأبدى هو الصادر عن ارادة الله فالجزء الذى لم ينزله الله فى كتبه على عباده يعرفه الرجل بعقله وهذا الجزء هو القانون الطبيعى » — أنظر بيانا وافيا للدينيين الذين تناولوا هذا المذهب فى كتاب Bryce السابق الاشارة اليه ص ١٥٧ .

وربما كانت هذه الصيغة الكنسية التى صيغت فيها نظرية القانون الطبيعى فى القرون الوسطى سببا فى عدم الاستناد اليها صراحة فى أحكام العدالة عند الانجليز فى عهدها الاول ، وفى الاعتماد على نظرية أخرى تجعل « ضمير الملك » مصدرا للعدالة كما يأتى بعد .

(٢) Common Law أى القانون العادى المكون من نصوص وعادات عامة على جميع البلاد فى انجلترا ، ويسمى أيضا Strict-Law أى القانون الضيق أو الدقيق نظرا لشدة قواعده واجراءاته .

(٣) Chancery Court راجع شيرمان Sherman الجزء الأول ص ٣٦٣ .

آخر ، رأوا فيه تزكية لمبادىء العدالة وتعليلا لوجوب تفوقها على قواعد القانون العادى برغم ماله من حرمة ومكانة ، وهو تصوير راجع الى ما للملك من الحق الأعلى فى الرقابة على توزيع العـدل بين رعيته ، ومن سلطة القضاء — بمشورة مستشاره أو بواسطته — اما طبقا للقانون العادى واما طبقا لمبـادىء العدالة التى يرشده اليها وجدانه ، وهذا مصدر العدالة عند الانجليز عملا بالنظرية القائلة بأن « العدالة تسيل من ضمير الملك »[1] . ولذلك كانت محكمة العدالة التى يرأسها المستشار يطلق عليها اسم « محكمة الضمير » اضافة الى ضمير الملك[2] ، بل كان المستشار الملـكى يسمى « حافظ ضمير الملك »[3] . وعلى هذا الاعتبار كان الافراد يلتجئون الى عدالة الملك خشية الأحكام الظالمة التى قد تصدر فى دعاويهم من المحاكم العادية اذا اتبعت قانون البلاد ، ويرفعون مسائلهم الى محـكمة المستشار فيصدر فيها من الأحكام ما يقتضيه العقل والعدل وطهارة الضمير فى كل قضية ، دون أن يتكلم المستشار فى أول عهده بالقضاء عن نظرية القانون الطبيعى أو ينسب مبادئه اليها ، وذلك لأن القانون الطبيعى كان فى القرون الوسطى متصلا اتصالا وثيقا بالقانون الـكنسى ، وكان القانون الأخير غير حائز لعطف الانجليز من غير رجال الدين ، للمنافسة بين محاكمه ومحاكم الملك فى النفوذ القضائى ، ولما كان يجره من تدخل الـكنسيين الأجانب فى الايرادات والمنافع العامة[4] .

وقد وصل مستشار الملك بالتدريج الى تكوين مجموعة من القواعد والأحكام

---

(١) "Equity flows from the king's Conscience" راجع Maine, Ancient Law ص ٧٢ .

(٢) "Court of Conscience" راجع Bryce ص ١٦٤ .

(٣) "Keeper of the King's Conscience" راجع Sherman ص ٣٦٣ .

(٤) Pollock, Notes, p. 78 .

أضطر بعد كثرتها الى اتباعها والتقيد بها ، وصــار بجانب القانون الضيق الذى كانت تطبقه المحــاكم العادية قانون آخر مصدره محــكمة المستشار سمى بقانون العدالة [١] ، واستمر هذان النظامان فى تنافس مدى قرون عدة ، حتى صدر فى سنة ١٨٧٣ قرار تشريعى سمى بقرار القضاء [٢] ، قضى على هذا الأزدراج بأن ألغى من القانون العادى كل ما يخالف قانون العدالة .

العدالة فى الشريعة الاسلامية

ظهرت فى الاســلام ، مع اتساع دولته وتغير الأحوال الاجتماعية فى شعوبه وتنوع المعاملات والعلاقات بين أفراده ، حالات جديدة لم يرد عنهــا نصوص خاصة فى الكتاب والسنة ، وقد وصل المجتهدون والفقهاء فى خلال عصور الشريعة الأسلامية الى مثل ماوصل اليه فقهاء الرومان وقضاة الانجليز من مواجهة الحالات الجديدة بنشاط فقهى أفضى الى تعديل القواعد الشرعية ، أما بتوسيع نطاقها أو بتخصيص حكمها أو باضافة مبادىء جديدة اليها ، تبعا لتطور المجتمع ولشعور العدالة فى النفس . وليس المقصود بالعدالة هنا تلك النظرية التى اســتمدها الرومان من الفلسفة اليونانية أو التى أبتدعها الانجليز أصلا لمبادئهم القضائية ، وانما هى العدالة التى يرشد الى مبادئها العقل وحكمة التشريع المستمدة من روح النصوص ومن تطور الحياة الاجتماعية [٣] . وقد أطلق على هذا الاسلوب فى الشريعة الاسلامية

---

(١) "Equity Law" ، ومبادئه كانت تتفق أحيــانا وتختلف أحيانا أخرى مع قواعد القانون العادى ، من ذلك أن التعهد الكتابى الذى لم يتوفر سببه ملزم للمدين فى القانون العــادى غير ملزم له عدالة . وسنرى تفصيلات أخرى فى الاختلاف بين القانون عند دراسة تاريخ الشريعة الانجلوسكسونية . انظر Jenks ص ٢٢٠ .

(٢) "Judicature Act" ، راجع شيرمان Sherman الجزء الأول ص ٣٨٥ .

(٣) ومع هذا فانا نجــد فى فلسفة الفقه الاســلامى من النظريات ما يكاد يتحد فى جوهره مع فلسفة الزهد ومذهب القانون الطبيعى ، سواء أكان ذلك من الجانب الخلقى أم من الجانب =

اسم « الرأى » وبدأ العمل به من عهـــد الخلفاء الراشدين فأصبح مصدرا من

= القـانونى : فقد جاء فى الفقه الشرعى أن الفضـائل منحصرة فى التوسط بين الافراط والتفريط ، لأن رؤوس الفضـائل أربع وهى الحكمة والعفة والشجـاعة والعدالة . وتفصيل ذلك أن الله تعالى قد ركب فى الانسان ثلاث قوى ، الأولى مبدأ ادراك الحقائق والنظر فى العواقب والتمييز بين المصالح والمفاسد ويعبر عنهـا بالقوة العقليه ، والثانية مبدأ جذب المنافع وطلب الملاذ ويعبر عنها بالقوة الشهوانية أو البهيمية ، والثـالثة مبدأ الاقدام على الأهوال والشوق الى التسلط ويعبر عنها بالقوة الغضبية . وفى كل من هذه القوى قد يكون الانسان معرضاللافراط أو التفريط فى استعمالها أى للاسراف فيها أو لاهمالها ، والتوسط بين الأمرين منـاط الفضائل السابقة . فالحكمة نتيجة تهذيب القوة العقلية والتوسط بهـا بين الجربزة والغباوة ، والجربزة استعمال الفكر فيما يتجاوز حـده ومداه ، كالبحث فى المتشابهات وتحكيم العقل فى مسألة القضـــاء والقدر وفى مسألة المبدأ والمعاد ، وكانكار الشرائع وغير ذلك ممـا لاينفع ، والغباوة هى تعطيل القوة الفكرية بالارادة والوقوف عن اكتساب العلوم النافعة . والعفة نتيجة تهذيب القوة الحيوانية والتوسط بها بين الخـلاعة أو الفجور وبين الخمود أو السكون . والشجاعة تهذيب القوة الغضبية والتوسط بها بين التهور والجبن ، حتى يكون فعلها جميلا وصبرها محمودا . فالأطراف رذائل والأواسط فضـائل . واذا امتزجت هـذه الفضائل الثلاث مما حصل من مجموع امتزاجها فضيلة رابعة تسمى العدالة أو الوساطة ، وهى الثبات على الحق والطريق المستقيم والترفع عن جانب الباطل ، وبها تصل النفس الى كمالهـا اللائق بها ومقصدها الموجهة اليه فى الحياة .

وقد قرر علماء الأصول فى الاسلام بعد الانتهاء الى فضيلة العدالة والى أنها ليست ثابتة لـكل واحد من الأمة ، ان الله تعـالى أثبت العـدالة لمجموع الأمة فى قوله الـكريم « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء » وفى قوله « كنتم خير أمة . . . » ، وأن هذه الفضيلة تجعل للاجماع وأحكامه حجة على الأفراد وسلطانا ، لأنها صادرة عن العدالة — انظر كتاب التلويح والتوضيح — لصدر الشريعة — جزء ٢ ص ٥١٠ ، وقارن ما تقدم فى فلسفة الزهد ص ٧٨ ، ٧٩ وهامش ١ من الصحيفة الأخيرة .

هذا فيما يختص بالجانب الخلقى مع ما يؤدى اليه من التسليم بقوة الاجماع . أما عن الجانب القانونى فان من أمهات المسائل عند الأصوليين ورجال الفقه الاسلامى ، مسألة ما اذا كانت الأحكام — أو بعبارة أدق أحكام الله — تعرف من طريق الشرع لا من طريق العقل ، أم تعرف بالعقل قبل نزول الشرع الالهى بناء على ما يدركه من صفـات الحسن والقبح فى الأفعال الانسانية . ذهب بعض العلماء الى أن الحسن أو القبح لا يثبت الا بأمر الشارع أو نهيه ولا سبيل للعقل اليه قبل ذلك ، بناء على أن الحسن او القبح ليس صفة ذاتية فى =

مصادر الاحكام الشرعية[1]، ثم اتسعت دائرتة فى العصور التالية مع تجدد أحوال الناس وتقدم البحوث الفقهية .

ومن هذه الأحكام الشرعية التى استنبطها المجتهدون والفقهاء بالرأى مايرجع الى القياس ، ومنها مايرجع الى العرف ، ومنها مايرجع لا الى قياس ولا الى عرف وانما الى فكرة العدل فى ذاته .

فالقياس هو تطبيق حكم حالة منصوص عليها على حالة غير منصوص عليها نظرا لاتحاد الحالتين فى العلة ، وهذا مبنى على العقل وعلى الحكمة الباعثة على تشريع الحكم المنصوص ، وهى مصلحة يراد به تحقيقها أو مفسدة يراد اتقاؤها ، دون التقيد بعبارات النص الحرفية . من ذلك تطبيق حكم القرآن القاضى بتحريم شرب الخمر على شرب النبيذ المتخذ من غير العنب ، لاشتراكه مع الخمر فى الحكمة

= الفعل وليس أمر مستقرا ثابتا فيه حتى يحكم العقل بأنه حسن أو قبيح ، وبناء على ان فعل الانسان اضطرارى لا اختيار له فيه ، والعقل لا يحكم باستحقاق الثواب أو العقاب على ما لا ارادة للفاعل فيه . وذهب سائر العلماء الى أن للأفعال حسنا او قبحا تبعا لما يغلب فيها من نفع أو ضر للمجتمع ، وأنه يمكن للعقل وحده أن يدرك بالاستقراء هذه الصفات فى الفعل ، وبالتالى أن يدرك الأحكام المتعلقة به قبل ورود الشرائع الالهية . وقد رتبوا على ذلك أن أحكام الله عند تشريعها منزلة على مصالح العباد ومتفقة مع ما يدركه العقل بحيث لا ترد الشريعة بطلب قبيح ولا بالكف عن حسن ، سواء أكانت هذه المراعاة تفضلا الهيا كما قال أهل السنة أم واجبة كما قال المعتزلة ، ثم أضاف مذهب المعتزلة الى ذلك نتيجة أخرى انفردوا بها ، وهى أن الناس يدركهم الثواب والعقاب على ما أدركته عقولهم قبل نزول التشريع الالهى بالأمر بالأفعال الحسنة وبالنهى عن القبيحة — راجع فى ذلك أصول الفقه للأستاذ الخضرى بك ص ٢٢ وما بعدها — وقارن ما سبق بيانه عن نظرية القانون الطبيعى .

(١) تاريخ التشريع الاسلامى للأستاذ محمد الخضرى بك ص ٦٧ ، ٦٨ ، وفيه مقتبسات من أقوال الخليفة عمر بن الخطاب ومن كتبه الى من كان يوليهم من القضاة ، يوصيهم فيها باتباع كتاب الله وسنة رسوله وبالاجتهاد بالرأى فيما لم يرد عنه نص من الكتاب أو من السنة .

الباعثة على التحريم وهى اتقاء الاسكار [١] ، ومن ذلك ماقضى به أبو بكر فى عهد الصحابة من أن أخوة الميت لايرثون مع جـده ، لأنه بالنسبة لهم فى مقام الأب ، والأخوة لايرثون مع الأب نصا [٢]. وقد كان القياس أول وسيلة لجأ اليها الصحابة عند التشريع بالرأى بعد عهد الرسول عليه الصلاة والسلام .

أما بالنسبة للعرف فان كثيرا من الأصول أو الأحكام الشرعية أصبحت مقيدة بالعرف الاجتماعى السارى فى بلد من بلاد الأسلام أو فى جميـع بلاده ، مراعاة لمصالح الناس العامة . والأمثلة على ذلك فى الفقه عديدة متنوعة ، منها أن الأصل عدم جواز وقف المنقول الا ما كان متعارفا عليه من الأموال المنقولة ، ومنها أنه لايجوز أخـذ الأجر من العين مقابل عمل خاص بهذه العين ما لم يسر العرف على غير ذلك ، ومنها أن الأصل فى النفقة الشرعية المقررة على شخص لمصلحة آخر تنحصر فى تقديم الطعام والسكنى والـكسوة الا اذا جرى العرف على أدائها نقودا . والمبدأ المستخلص مما تقدم أن القواعد الشرعية قد تتعدل ، تبعا للعرف العام فى البلاد الاسلاميـــة أو للعرف الخاص فى بلد منها . وقد أجاز الفقهاء ذلك نزولا على الضرورات الاجتماعية ، ومنعا لارهاق الناس فى معاملاتهم التى تعارفوا عليها ، وتيسيرا للعلاقات بينهم ، حتى تكون الأحـكام الشرعية متلائمة مع حالة المجتمع . ولهذا فان علماء المذهب الحنفى ، وهو أكثر المذاهب الفقهية عملا بالرأى ، أقروا العرف مصدرا من مصادر التشريع وعاملا فى تعديل أحـكامه ما لم يصطدم بنص قطعى ، وقد أخذت به المذاهب الأخرى ، حفظا

---

(١) أصول الفقه للأستاذ محمد الخضرى بك ص ٣٤٦ .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامى للأستاذ محمد الخضرى بك ص ٧١ — وقد أطلق بعض الفقهاء على القياس فى تعريفه عبارة « المساواة » وهى تتفق مع فكرة العدالة — انظر تعاريفه المختلفة الواردة فى كتاب أصول الفقه فى المرجع السابق .

لصالح المجتمع ، فى الاحوال التى لم يرد عنها نص صريح فى الكتاب أو السنة [1]

وهناك طائفة أخرى من القواعد والنظم الشرعية ، أقرها الفقهاء من مختلف المذاهب ، لاترجع الى القياس ولا الى العرف ، وانما تستند الى فكرة العدل المستمدة من العقل والصالح الاجتماعى ، سواء أ كان ذلك فى المسائل الجنائية أم فى المسائل المدنية .من ذلك ما اتفق عليه علماء الاسلام من أن للحاكم أو القاضى سلطة التعزير على المجرمين ، اذا ارتكبوا جرائم لم ينص لها فى القرآن او السنة على حد شرعى ، وحينذاك يحدد العقوبة التى يراها واجبة طبقا لما تقضى به العدالة وظروف كل جريمة ، وقد تركت « التعزيرات الى اجتهاد الحاكم ونظره بقدر الجناية وحال الجانى والمجنى عليه حتى تقع المؤاخذة على وفق ذلك من غير حيف منه » [2] ، ومن ذلك أيضا المبدأ الشرعى الذى وضعه الامام ابو حنيفة بعدم جواز الحجر على شخص بسبب سفهه ، وهو تبذيره واسرافه فى الانفاق وتحمله الغبن الفاحش فى معاملاته وتصرفه فى أمواله لغير غرض معقول ، وقد استمد هذا المبدأ من العقل وحرية الانسان الطبيعية مادام حافظا لقواه العقلية ، لان فى حجره « الحاقه بالبهائم واهدار آدميته وهو أشد ضررا من التبذير » [3] ، ومن ذلك أخيرا الاحكام الشرعية المبنية على نظرية المصالح المرسلة ، التى وضعها الامام

---

(١) راجع تقريرا للأستاذ احمد ابراهيم ابراهيم بك وعلى بدوى فى العلاقة بين الدين والقانون ؛ مقدما منهما للمؤتمر الدولى للقانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٢ ، فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ص ١٩٧ ، ٢٠٤ وما بعدها فى القسم الفرنسى .

وراجع كذلك كتاب النفقات للأستاذ احمد ابراهيم ابراهيم بك ص ٢٤ .

(٢) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، جزء ٢ ، ص ٥٩ .

(٣) الزيلعى جزء ٥ ص ١٩٢ ، وهذا الحكم مخالف للصاحبين والشافعى فهم يقررون الحجر على السفيه محافظة على أمواله ، ويستدل الزيلعى على ذلك بثبوت الولاية على السفيه فى قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعلها الله لكم قياما ، ارزقوهم منها واكسوهم » وقوله تعالى « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » . الزيلعى جزء ٥ ص ١٩٣ .

مالك وأخذ بها الفقهاء من المذاهب الاخرى فى بعض نتائجها على الأقل ، وهى المصالح التى لم يشهد لهـا نص معين بالبطلان ولا بالاعتبار ، فيفصل فيها بما يلائم مقاصد الشرع ويتفق مع العقل ، مثل الزوجة المفقود زوجها اذا اندرس خبر موته وحياته وقد انتظرت سنين وتضررت بالعزوبة ، جاز تزويجها من غيره بعد أجل معين مراعاة لمصلحتها ودفعا للضرر عنها (١) ، ومثل الزوجة المعسر زوجها بالنفقة جاز تطليقها عليه بعد أن يضرب له أجل تختلف مدته باختلاف الرجال (٢)

يتضح من هذا العرض الوجيز لصور الرأى فى أحكام الشريعة الاسلامية أن لقواعـد الرأى أثر فى تطور الشريعة بمثل ماكان من أثر لمبادىء العـدالة فى تطور القانونين الرومانى والانجليزى ، غير أن مبادىء العدالة فى الشريعة الاسلامية تتميز عنها فى هذين القانونين بأنها لم تنشأ منفصلة عن أحكامها الشرعية ، كما حدث عند الرومان والانجليز قبل أن تمتزج بقواعد القانون أو تنتصر عليه فى آخر الأمر ، وانما بدأت من عهدها الأول مندمجة فى أصول الشريعة واحكامها بصفتها جزءا منها غير مستقل بذاته ٠

القانون الطبيعى والعدالة فى العصور الحديثة

١ — **الحقوق الطبيعية** — عندما بعث النشـاط الفكرى فى أوروبا بفعل الأدب اليونانى والأصلاح الدينى أفسح لفكرة القانون الطبيعى مجال جديد ، ولكنه مجـال يتصل بالفلسفة السياسية أكثر منه بالفقه ، واذا كان هـذا الميدان الجديد يستمد وجوده من القانون الطبيعى السائد فى الانسانية كلها ، فان الأبحاث التى

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامى . للخضرى بك . ص ١٤٩ .

(٢) تبصرة الحـكام لابن فرحون ، جزء ٢ . ص ٥٨ . وان كان قد جاء بهذا الحـكم مثالا لنتائج الأخذ بالسياسة الشرعية ، فان نظرية السياسة الشرعية انما هى تكملة لفكرة المصالح المرسلة كما نرى بعد فى تاريخ الشريعة الاسلامية .

أثيرت فيه دارت حول أمور لم يعن بها الرومان كثيرا من الناحية النظرية ، وهى أصل القانون عامة ومصدر السلطة السياسية فى الدولة ، وأساس حقها فى طاعة الأفراد نحوها ، بعد أن أندثرت نظم القرون الوسطى التى كانت فيها سلطة البابا سائدة على الدول المسيحية وسلطة الأمبراطور ذات صفة دينية مؤيدة من البابا .

فقد برزت مذاهب تدعو الى القانون الطبيعى الذى كان سائدا على الناس قبل تنظيم الحكومات وهم فى «حالة الطبيعة» ، قانون مصدره العقل العالمى وقوامه حرية الفرد وحقوقه الطبيعية المقدسة ، التى تناقض كل نظام قائم على الاستبداد والعسف ، وتجعل السلطة السياسية فى كل دولة مؤسسة على اتفاق أفراد الجماعة وعلى مشيئة الشعب . وقد كانت هذه الصورة الجديدة التى اتخذها القانون الطبيعى أساسا لوثيقة «اعلان الاستقلال» الصادر فى ولايات أمريكا سنة ١٧٧٦ ، كما ذاعت الدعوة اليها فى أوربا على يد الفيلسوف «روسو» دفاعا عن حقوق الفرد ومحاربة للحكم المطلق ، فكانت مبعثا للثورة الفرنسية وأساسا «لاعلان حقوق الانسان»[١] الصادر فى سنة ١٧٨٩ ، ولمبادىء الحرية والمساواة والاخوة التى نادت بها تلك الثورة ، وهى مبادىء تضمنها القانون الطبيعى فى صورته اليونانية والرومانية كما شملتها صورته الفرنسية ، ولكنها كانت مغطاة بطبقة كثيفة من القواعد الفقهية والنظم القانونية حبست قوتها السياسية قرونا طويلة حتى ظهرت بعد العصور الوسطى . ومن هذا نرى أن مذهب القانون الطبيعى بعد أن كان فى خلال ألفى سنة حكمة هادئة ومثلا خلقيا يتضمن مبادىء فقهية ، أصبح بعد القرون الوسطى قوة ثورية هائلة هدمت معاقل الحكم المطلق وأقامت فى مكانها نظم الديموقراطية[٢]

---

(١) «Declaration des Droits de l'Homme» .

(٢) راجع Bryce ص ١٦١ وما بعدها — وكذلك Maine, Ancient Law ص ٩٩ .

٢ — **القانون الدولي العام** — لم يقتصر سلطان القانون الطبيعي في العصور الحديثة على قلب النظم السياسية في مختلف الدول ، بل يرجع اليه الفضل الأكبر في انشاء قانون أوسع أفقا وأعلى مكانة من قانون كل أمة ، وهو القانون الدولي العام . كانت في خلال القرون الوسطى سلطة عليا ، هي سلطة الكنيسة المسيحية ، تتدخل بنفوذها في العلاقات بين الدول الأوروبية وتقف بين ملوكها موقف الحكم . ثم زالت سياسة البابا بعد ظهور المذهب البروتستانتي في الدول الشمالية ، ودعت الحاجة الى البحث عن مصدر عام تؤخذ منه المبادىء التي تنظم الصلات الدولية ، اذ لايمكن أن يكون هذا المصدر قانون دولة من الدول لأن هذا لايتعدى سلطانه أراضيها . فلجأ العلماء الى القانون الطبيعي بوصفه مطابقا للعقل وصالحا للانسانية كلها ، وباعتبار أن المبادىء الأساسية الضابطة لعلاقات الأفراد تصلح كذلك لضبط العلاقات بين الدول ، وعلى هذا الأساس وضع العالم الهولندي « جروتيوس » في أوائل القرن السابع عشر كتابه عن « قانون الحرب والسلم » .
وقد أطلقوا على مجموع هذه القواعد الدولية «قانون الشعوب» — وهو الاسم الذي أطلق على القانون الطبيعي عندالرومان في أول عهدهم به — قبل أن يتخذ القانون الدولي اسمه الحالي . ولكن هذا المصدر النظري لم يثبت الى العصر الحديث ، وأصبح القانون الدولي العام مبنيا على العادات التي تعارفت عليها الدول في علاقاتها من جهة ، وعلى الاتفاقات العامة التي تعاهدت عليها الدول من جهة أخرى . ومع ذلك فان بعض كبار علماء القانون الدولي العام لايزالون على الأعتقاد بوجود بقية من هذا المصدر فيما بين الدول ، لأن المبدأ الذي قرره العالم « جروتيوس » ، مؤسس القانون الدولي ، بأن « القانون الطبيعي يقضي بمراعاة العهود » لا زال في نظر فقهاء العصر الحاضر محور الصلات الدولية ، ولأن المعاهدات والعرف الدولي لا قيام لها اذا لم يعززها شعور العدالة والانسانية ، ولأن القانون الطبيعي أو العقل

لا يزال يمد القانون الدولى بمبادئه العامة التى تحترمها الدول دون أن تكون قد أقرتها فى عرفها أو نصت عليها فى معاهداتها [1] .

٣ — **فى القانون الوضعى** — أما فى القانون الوضعى الحديث فلا زالت العدالة وفكرة القانون الطبيعى عنصرا أساسيا من الوجهة النظرية وعنصرا تكميليا من الوجهة العملية . فمن الوجهة النظرية ، عدا ما تقدم بيانه عن حقوق الفرد الطبيعية ، أشاد العلماء فى المانيا وفرنسا وايطاليا منذ القرن الثامن عشر بالقانون الطبيعى الثابت فى كل زمان ومكان ، بصفته المثل الأعلى الذى يجب على المشرع أن يستوحى منه قانونه الوضعى ، بما يهديه عقله وفكره . وقد كان لهذا المذهب أثر ظاهر فى تشريع العهد الأول من القرن التاسع عشر ، حتى لقد بدا لواضعى قانون نابليون أن يجعلوا فاتحته عبارة تخلد هذا الأثر ، وهى أنه « يوجد قانون عالمى ثابت هوأصل القوانين الوضعية كلها ، ان هو الا العقل الطبيعى الذى يحكم جميع شعوب الأرض » ، ولكنهم عدلوا عنها لا لعدم صحتها بل لعدم الحاجة الى ايرادها فى قانون وضعى . ولم يلبث هذا المذهب أن زال سلطانه فى القرن التاسع عشر بظهور « المدرسة التاريخية » الالمانية ، التى تعتبر القانون ثمرة تطور الحياة الاجتماعية ، لا وليد نزعات المشرع ولا نتيجة مبادىء طبيعية ثابتة . ورغما عما فى هذا القول من الحق ، فان مذهب القانون الطبيعى لم ينهدم ، بل بعثه أنصاره من جديد ، فى فرنسا على الأخص ، أما فى صورة قانون طبيعى يتغير محتواه بتغير الأفكار والظروف الاجتماعية [2] ، واما فى صورة مثل أعلى للعدل يسعى المشرع

---

(١) راجع فى ذلك مقال قيم للبروفسور سيوتو بنتور أستاذ القانون الدولى بالجامعة المصرية Nature et Principes Essentiels du Droit International Public et Privé par Nob. Sitto Pintor, Egypte Contemporaine, t 16 p. 240 et s.

(٢) « Droit Naturel à contenu variable, » Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 81.

لتحقيقه فى المجتمع عند معالجته الأحوال الاجتماعية وتطوراتها ، اذ يبين له هذا المثل الغاية التى يجب أن يرمى اليها فى تشريعه ، وهى التوفيق بين حقوق الفرد ومصالح المجتمع [١] .

وأما من الوجهة العملية فلا زالت فكرة العدالة والقانون الطبيعى تحتفظ بنفوذها فى أحكام القضاء وفى نصوص التشريع ، وللعدل الخلقى مكانه فى ذهن القاضى عند تكوين حكمه ، وفى ذهن المشرع عند وضع قواعده . بل قد يعرض فى الحياة الاجتماعية كثير من الحالات التى لم يتناولها نص صريح من القانون ، فلاسبيل اليها الا من طريق العدل الطبيعى . ولذلك حرم القانون المدنى الفرنسى على القاضى أن يتخلى عن الفصل فيها بحجة نقص القانون أو غموضه [٢] ، وأمرت الحكومة البريطانية قضاتها فى الهند ابان استعمارها أن يحكموا ، عند نقص القانون السارى على الخصمين ، بمبادىء « العدل والعدالة والضمير الطاهر » [٣] .

ولكن التشريع المصرى الحديث كان أكثر صراحة فى اعتماده على القانون الطبيعى لسد نقصه وجلاء غموضه ، فقد نصت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والقانون المدنى المختلط بأنه « عند صمت القانون أو نقصه أو غموضه يجب على القاضى أن يتبع مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » [٤] ، وكذلك قضت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بأن « يحكم بمقتضى قواعد العدل ان لم يوجد نص

---

(١) Capitant. Introduction á l'Etude du Droit Civil, p. 31-38 .

(٢) مادة ٤ من القانون المدنى الفرنسى . وامتناع القاضى عن الفصل فى الدعوى جريمة فى الشرائع الحديثة وفى مصر .

(٣) «justice, equity, and good conscience» انظر Pollock, Notes, p. 78 .

(٤) المادة ٣٤ من اللائحة والمادة ١١ من القانون المدنى المختلط .

صريح بالقانون[١] .

— ٤ —

التشريع أو القرارات التشريعية

تعريفه ومقارنته — أثره فى اليونان وروما — فى انجلترا — فى البلاد الاسلامية — التشريع فى العصور الحديثة

تعريفه ومقارنته

التشريع[٢] هو اصدار النصوص القانونية من هيئة تشريعية ، أى من سلطة قائمة بسن القوانين فى البلاد ، سواء أكانت هذه السلطة فردا مستأثرا بالحكم أم أقلية تنفرد بولاية الأمر ، أم مجلسا ديموقراطيا يتألف من الشعب[٣] . وهذه

(١) المادة ٢٩ من لائحة المحاكم الأهلية . ولم ينفرد التشريع المصرى بهذا النص الصريح ، بل ان القانون المدنى النمسوى الذى وضع فى سنة ١٩١١ يقرر فى مادته السابعة أنه عند سكوت القانون وعدم امكان تطبيق نص فيه — بطريق القياس — على المسألة القانونية المعروضة لحلها يجب الفصل فيها بمبادىء القانون الطبيعى — انظر Captiant المرجع السابق ص ٣١ هامش ٢ .

(٢) قد يطلق التشريع بمعنى عام على وضع القواعد القانونية أو استنباطها بصرف النظر عن نوع مصدرها . سواء أكان هذا المصدر قضاء أو فقها أو عرفا أو حكومة ، وهذا المعنى العام مسلم به عند فقهاء القانون الأوروبى ومؤرخيه ,Goodby — Bryce, p. 249 — Introduction to Law, 1910, 116 ، وكذلك عند فقهاء الشريعة الاسلامية — محمد الخضرى بك — تاريخ التشريع الاسلامى ص ٦٨ — ولكننا نتناول بحث التشريع ، كوسيلة لتعديل النصوص والقواعد ، بمعناه الخاص الذى ينحصر فى النصوص الصادرة من هيئة تشريعية حكومية أى من الدولة . وبهذا المعنى الخاص يمكن مقارنته فى اثره بالوسائل الأخرى .

(٣) يدلنا تاريخ التشريع الرومانى على انه مر بعدة مراحل تبعا للسلطة التى أصدرته ، من مجالس الشعب فى عصر الجمهورية ، الى مجلس الشيوخ — وهو حكم الأقلية — فى عهد الامبراطورية الأولى ، ثم الى الامبراطور وحده فى خلال الامبراطورية المسيحية . وكذلك يشير تاريخ التشريع الانجليزى الى تطور عكسى فى مصدر التشريع ، من ملك مطلق الحكم الى برلمان يمثل الشعب . راجع Bryce, Studies ص ٢٤٧ .

آخرة وسائل الاصلاح فى القانون ، وقد جاءت فى الشرائع القديمة فى عهد لاحق فى الغالب لوسيلتى الحيلة والعدالة ، بعد العهد الذى تحايل الناس فيه على النصوص والنظم القانونية بغية تعديل معانيها دون تغيير حروفها ، وبعد العهد الذى صرحوا فيه على لسان قضاتهم وأهل الرأى فيهم بأن هذه النصوص والقواعد لم تعد صالحة للسير عليها أو للحكم بمقتضاها ولا متفقة مع العقل وشعور العدالة وتطور المجتمع ، حتى بلغت الجرأة على النصوص والنظم حدا أجاز تعديلها والغاءها بنصوص جديدة

ويختلف التشريع عن الحيل القانونية بأنه تغيير صريح فى حكم القانون ونصه ، وعن العدالة بان قوته الألزامية مستمدة من الهيئة الحاكمة التى أصدرته لا من سمو المبادىء التى يحتوى عليها ، وهو يتميز عن كلتيهما بايجاز صيغه ووضوح مراميه وسهولة فهمه وثبوت وجوده . ثم هو الخطوة النهائية التى يتم بها تمشى القانون مع تطور المجتمع ، لأنه فى الغالب تركيز رسمى للمبادىء التى وصل اليها القضاء والفقه من طريقى الحيلة والعدالة ، الا أنه ليس من المحتم أن يكون كذلك ، فالسلطة التشريعية قد تصدر ماتشاء من القوانين سواء بدافع الشهوة أو بدافع العدالة [١].

لم يكثر استعمال هذه الوسيلة فى الشرائع القديمة ، وانما اقتصرت الاستعانة بها على حالات نادرة . ذلك لأن الناس فى العصر القديم كانوا يعنون فى تقديس نظمهم ونصوصهم وما يحيط بها من صبغة الدين أو التقاليد ، وكانت كل غايتهم أن تطبق تطبيقا سهلا خاليا من التعقيد والتحيز . فلم يلجأوا الى التشريع الا لمعالجة حالة سيئة ظاهرة ، أو لوضع حد لنزاع بين الطبقات شديد ، أو للقضاء على اضطراب اجتماعى خطير . وتتأيد هذه الحقيقة بنظرة سريعة فى تاريخ التشريع القديم فى اليونان والبلاد الرومانية والانجليزية .

---

(١) Maine, Ancient Law, p. 33 .

اليونان والرومان

فنى أثينا كان قانون « دراكون » قاسيا فى أحكامه وقواعده ، حتى أصبح صاحبه مضرب المثل فى الشدة والعنت ، ثم جاء «صولون» الحكيم وتولى الحكم من بعده على أثر ثورة واضطراب ، فأصدر تشريعا جديدا أحدث به اصلاحات قانونيــة هامة : فألغى بيــع المدين أو استرقاقه من أجل عدم الوفاء بالدين ، وحدد سعر الفائدة وحرم الربا الفاحش ، وهدم نظام السلطة الأبوية وجعل للابن شخصية مستقلة عن شخصية والده [١] . و بعد عهــده لم تصدر قرارات تشريعية تستحق الذكر فى القانون الخاص ، بل ترك للقضاة تفسيرها وتعديلها وسد الناقص فيها بما يرونه من الاجتهاد من مبادىء العدالة حتى صارت اليونان ولاية رومانية [٢] .

وفى روما كانت القرارات التشريعية قليلة العدد فى عهد الجمهورية بعد وضع الألواح الاثنى عشر ، ولم يضع مجلس الشعب أو مجلس العامة من التشريع الا فى ظروف نادرة لمعالجة النزاع الشديد بين طبقتى الأشراف والعامة ، أو بين الشعب الرومانى و باقى الشعوب اللاتينية ، ولمحاولة التسوية بين الفريقين فى الحقوق ، وأهم ما صدر منها قانون كانوليا [٣] ، الذى سوى به الدور الأخير من نزاع العامة والأشراف

---

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p. 171-173 .

(٢) Beauchet, Histoire du Droit Privé de la République Athénienne, Préface, p. 14.

(٣) Loi Canulia وتاريخ صدوره عام ٣٠٩ من انشاء روما أى حوالى سنة ٤٤٤ قبل الميلاد — راجع جيرار Girard فى كتابه « القانون الرومانى » طبعة ١٩١١ ص ٣٦ .

بأباحة التزاوج بين الفريقين . وقانون هورتنسيا[1] ، الذى جعل القوانين الصادرة من مجالس العامـة نافذة على جميع الاهالى من الاشراف والعامـة على السواء . وقانون ايبوتيا[2] ، الذى قرر للحـاكم القضائى حق منح برنامج كتـابى[3] لصاحب الدعوى بعد سماع دفاع طرفى الخصومة بدون اجراءات رسمية ، وبذلك قضى على نظام الدعاوى السابق الذى كان قوامه اشارات وعبارات شكلية ضيقة أقل خطأ فيها يسقط حق المخطىء ولو كان العدل فى جانبه .

وكان التشريع بالعـكس فى عصر الامبراطورية واسع النطاق ، فصدرت عدة قوانين تشريعية ، بعضها اقرار لمبـادىء العدالة التى نظمها البريتور ولآراء الفقهاء ، وبعضها انشاء لقواعد جديدة ، حتى جاء الامبراطور جوستنيان الى الحكم فجمع القوانين فى مجموعاته الاربعة المشهورة ووصـل القانون الرومانى بهـذا العمل الى مرحلته النهائية .

فى انجلترا

وكذلك كانت القرارات التشريعية نادرة الحدوث فى العهد القـديم من القانون الانجليزى ، وقد صدر فى خلال القرنين الثانى عشر والثالث عشر بعض

---

(١) Loi Hortensia وتاريخ صدوره يقع بين ٢٨٨ — ٢٨٥ قبل الميلاد — بحسب الرأى الغالب ، ولـكن بعضهم يرى أنه لا يمكن تحديده بالدقة ، سوى أنه صدر بين تاريخ وضع الألواح الاثنى عشر وبين النصف الأول من القرن السابق على الميلاد — انظر فى ذلك جيرار ص ٣١٣ هامش ١ .

(٢) Loi Aebutia وتاريخ صدوره سنة ٢٠٠ قبل الميـلاد على رأى العلامة Bryce ص ٣٣٤ ، وبين عامى ٦٠٥ ، ٦٢٨ من يوم انشاء روما على رأى العلامة Girard ص ٣٧ أى فى خلال النصف الأخير من القرن الثانى قبل الميلاد .

(٣) Formula ومن هذا الوقت دخل نظام التقاضى عند الرومان فى دور جديد اسمه نظام البرنامج Procédure Formulaire ، انظر جيرار فى المرجع السابق .

دساتير أو وثائق ، راجعة الى الرغبة فى تنظيم الاختصاص القضائى ، والى محاولة الملك توسيع اختصاص محاكمه على حساب محاكم الأشراف ومحاكم الكنيسة ، والى العسف بحرية الأفراد ، والى امتعاض الأشراف وثورتهم مع الشعب عليه من أجل ذلك . مثل دستور كلارندون[1]، الصادر فى سنة ١١٦٦ بتقييد اختصاص المحاكم الكنسية ، ومنعها من الفصل فى منازعات الأراضى والديون ولو كان أحد الخصمين من رجال الدين ، ومنع استئناف أحكامها الى محكمة البابا فى روما . ومثل « الوثيقة العظمى » الصادرة فى سنة ١٢١٥[2]، التى تعهد بها الملك جون ، عقب الثورة عليه ، بتقييد اختصاص محاكمه المتنقلة ، و بنزع كل اختصاص جنائى للموظفين الادار يين المعينين من قبله فى البلاد ، و بأنه « لا يمكن لحر أن يقبض عليه أو يسجن أو ينفى أو تصادر أملاكه أو يعدم الا بالحكم عليه من أنداده[3] ، وطبقا لقوانين البلاد » . و يعتبر النص الأخير أساسا تشريعيا لنظامين على جانب كبير من الخطورة فى تطور القانون الانجليزى : الأول نظام المحلفين ، وهم هيئة مختارة من أفراد الشعب ، يشتركون مع القاضى فى محاكمة المجرم و يبدون رأيهم بصفة قاطعة فى ادانته أو براءته ، وهو نظام معمول به الى العهد الحالى فى معظم البلاد الأورو بية والأمريكية ، ومقرر فى محاكمة الجنايات الواقعة فى اختصاص المحاكم المختلطة المصرية[4] .

---

(١) Constitutions of Clarendon راجع Deans, Legal History, p. 18 - 19.

(٢) Magna Charta راجع Lee, Historical Jurisprudence' pp. 477 & s.

(٣) « his peers » ، ولا زال أثر هذا النص باقيا فى محاكمة اللورد أمام مجلس اللوردات — راجع Jenks, Short History of English Law, p. 48, n. 2 . وينظر مجلس اللوردات فى هذه الأيام مشروع قانون مقترح من أحد أعضائه اللورد سانكى بشأن الغاء امتيازات اللوردات فى الاجراءات الجنائية وتسويتهم بالعامة .

(٤) انظر المواد ١٧٩ و١٨٣ وما بعدها من قانون تحقيق الجنايات المختلط .

والثانى نظام يسمى « احضار جسم السجين »[1] ، يجعل لكل شخص حبس من غير تحقيق أو محاكمة ، ان يرفع أمره — من طريق قريب أوصديق — الى القضاء للنظر فى حبسه ، وعند ذلك تصدر المحكمة اعلانا الى مدير السجن المحجوز فيه ، « باحضار جسمه مع سبب القبض عليه[2] » ، الى ساحة القضاء ، ثم تتولى فحص هذا السبب ، فان رأت أنه سبب شرعى ، كصدور حكم عليه أو أمر قانونى بالقبض عليه رهن تحقيق أو محاكمة ، أعادته الى سجنه ، والا أخلت سبيله . وقد صدرت قرارات تشريعية أخرى فى القرنين السابع عشر والتاسع عشر لتنقيح هذا النظام وتكميله ، وهو يعتبر منذ اصدار « الوثيقة العظمى » دستور الحرية الفردية فى البلاد الانجليزية .

وما زالت القرارات التشريعية قليلة العدد فى العصور التالية اذ كان تطور القانون الانجليزى قائما على ما تستحدثه المحاكم فى قضائها من القواعد الجديدة ، وعلى الأخص مبادىء العدالة التى تكونت فى أحكام محكمة المستشار ، حتى صدر فى أواخر القرن التاسع عشر قرار تشريعى يقضى باقرار هذه المبادىء وبالغاء مايخالفها من القواعد القانونية التى تكونت فى قضاء المحاكم العادية .

فى البلاد الاسلامية

أما فى الشريعة الاسلامية فان هذه الوسيلة لم يكن لها أثر يذكر بجانب آراء الفقهاء وأصحاب المذاهب ، بعد ان اكتمل تشريع القرآن ، ولكنها بالرغم من ذلك كانت من عوامل التطور فى الشريعة الغراء فى العهد الأول منها . ونحن نعتبر

---

(١) « Habeas Corpus » راجع تفصيل تاريخه وأحكامه فى كتاب Jenks ص ٢٤١ وما بعدها وفى كتاب Deans ص ٢٣ ، ٩٤ ، ١١٧ .

(٢) Habeas corpus cum causa —have the body brought with the cause. وقد أطلقت العبارة الاولى من صيغة الاعلان اسما على النظام ذاته .

هنا من القرارات التشريعية كل ماجاء فى السنة من الأحكام المدنية ، لصدورها من ولى أمر المسلمين رسول الله عليه الصلاة والسلام ، ولأنها المصدر الثانى للتشريع الاسلامى . ونعتبر منها ما صدر بالاجماع من الصحابة باعتباره مصدرا تشريعيا متفقا عليه وثابتا بقوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » ، وقوله « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا[١] » . وكذلك من القرارات التشريعية ما صدر من الخليفة أو من الوالى من القواعد الشرعية بقصد المحافظة على المصالح العامة[٢] .

فالسنة قد اشتملت على أحكام مفسرة ومفصلة للمبادىء الأساسية الواردة فى القرآن الكريم ، كما فى الزكاة . وكذلك أضافت اليها بعض أحكام جديدة لم يرد عنها نص قرآنى كتوريث الجدة[٣] ، وأتت ببعض قواعد تفيد تعديل حكم النصوص القرآنية الواردة عنها ، فقد أمر القرآن بالوصية « للوالدين والأقربين » ، ثم جاء فى السنة ما يفيد العدول عن ذلك وبأنه « لا وصية لوارث » خوفا على مصالح باقى الورثة[٤] .

أما اجماع الصحابة فقد كان مصدرا تشريعيا فى عهد الخلفاء الراشدين ،

---

(١) راجع أيضا ماجاء عن قوة الاجماع فى هامش ص ٨٤ من هذا البحث والأدلة الأخرى الواردة فيه مؤيدة له كمصدر للتشريع .

(٢) ويبحث الفقهاء فى نفاذ قرار الخليفة أو الحاكم على عهده وعهد غيره أم يقتصر على عهده — تبصرة الحكام — جزء ٢ — ص ٥٨ وما بعدها .

(٣) راجع تاريخ التشريع الاسلامى — للأستاذ محمد الخضرى بك ص ٦٥ — ونصيبها السدس .

(٤) سورة البقرة . « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » ، ويرى جمهور الفقهاء أن السنة هنا نسخت نص الكتاب ، ولكن الشافعى لا يسلم بنسخ الكتاب بالسنة ، وانما يرى أن السنة دلت على أن آية المواريث نسخت آية الوصية — أصول الفقه — الخضرى بك — ص ٣١٥ .

وكان كل من أبى بكر وعمر رضى الله عنهما يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم فيما لم يرد عنه نص فى الكتاب أو السنة ، ويقرر مايتفقون عليه فيذهب حكما عاما على المسلمين . ومن ذلك اتفاق الصحابة فى عهد عمر على وضع حد لشارب الخمر ثمانين جلدة ، وكانت نصوص القرآن مقصورة على تحريمه ، وعقابه مقصورا على التعزير فى عهدى الرسول وابى بكر [١] .

ومن القرارات الصادرة من الخليفة أو الوالى بمبادىء جديدة أو معدلة للأحكام السالفة قرار عمر بن الخطاب باعتبار الطلاق الثلاث الذى ينطق به الزوج دفعة واحدة واقعا نهائيا ، وكان الحكم الشرعى قبل ذلك وقوعه طلقة واحدة ، وكان عمر يرمى بقراره هذا الى زجر الذين يسرفون فى الطلاق فى أمورهم و يعبثون بالحياة الزوجية [٢] .

التشريع فى العصور الحديثة

أما التشريع فى العصور الحديثة فانه يكاد يكون الوسيلة الوحيدة لتطور القوانين وتعديلها فى معظم الأمم . ويرجع ذلك الى سهولة الاستعانة بها ، والى وجود حكومات منظمة وازدياد رقابة الدولة على مناحى النشاط الاجتماعى ، والى قيام هيئات كاملة العدة لمتابعة الرأى العام وظروف الحياة و السير بالنصوص القانونية مع ماتقتضيه الحاجات الاجتماعية .

ولم يكن ذلك مقصورا على الشرائع الوضعية ، بل تناول هذا النشاط الشريعة الاسلامية . فقد تميز العصر الحديث عن العصور السالفة بحركة تشريعية

---

(١) راجع المختارات الفتحية للأستاذ احمد ابى الفتح بك ص ٩٥ ، ٢٢١ .

(٢) روى أن عمرا قال « ان الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم ؟ » ثم أمضاه عليهم طلاقا ثلاثا — راجع تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٧٠ .

من جانب الخلفاء والولاة ، تدخلوا بها فى أحكام الشريعة وفى تحديد القواعد التى يجب العمل بها دون غيرها ، سواء أ كان ذلك بالاقتصار على مذهب معين من المذاهب السنية ، أم باختيار القواعد الملائمة من أقوال المذاهب المختلفة راجحة أو مرجوحة ، أم بادخال عناصر جديدة تتفق وحالة العصر . من ذلك اصدار « مجلة الأحكام العدلية » بأمر من الخليفة العثمانى فى سنة ١٨٦٩ ب. م ، لتكون سارية على رعايا الدولة العثمانية فى معاملاتهم ، وهى مستمدة فى معظمها من قواعد المذهب الحنفى . ومن ذلك أيضا تدوين « مجلة الالتزامات التونسية » ، وهى منقولة عن أحكام المذهب المالكى . ومن ذلك أخيرا ما وضعه المشرع المصرى منذ عهد محمد على الى الآن من القرارات التى تبين المذهب الذى يعمل به فى المحاكم الشرعية دون غيره من المذاهب وهو المذهب الحنفى ، والآراء التى يؤخذ بها فى هذا المذهب دون غيرها ، والقواعد التى استعارها من المذاهب الأخرى ، والمبادىء الجديدة التى أقرها الى جانب ما أخذه من أحكام المذاهب ، وكل ذلك فى مسائل الأحوال الشخصية مما يتناوله البحث تفصيلا فى دراسة تاريخ الشريعة الاسلامية .

* * *

خاتمة البحث

بعد أن درسنا بصفة عامة كيف نشأت القوانين فى الأمم القديمة وكيف تطورت ، ووقفنا على الوسائل التى لجأ اليها الفقهاء والقضاة والحكومات لتعديل القوانين بما يتفق مع تقدم الأحوال الاجتماعية فى الشعوب المختلفة ، سنبدأ بعد ذلك فى دراسة تطور بعض الشرائع القديمة على ضوء هذه المعلومات العامة التى تقدمت . وستكون دراستنا مقصورة على أهم الشرائع القديمة التى استمرت فى

تطورها وبقيت حيـة الى عصرنا الحاضر ، وهى القانون الرومانى والقـانون الانجليزى والشريعة الاسلامية . هذه الشرائع الثلاث نبتت أصول كل منها فى تربة مختلفة ، وكانت فى أول عهدها نافذة على بلد خاصة أو على شعب خاص ، ثم اتسع نطاقها وامتد نفوذها حتى أصبحت شريعة عامة تسرى أحكامها فى أكثر من دولة واحدة ومن شعب واحد . فسادت الأولى فى العالم اللاتينى ، وأصبحت الثانية نافذة فى العالم الانجلوسكسونى ، وكانت الثالثة مسيطرة على العالم الاسلامى

ثم نتم هذا القسم من التاريخ العام بدراسة النظام القانونى فى مصر قديما وحديثا . وسنرى كيف كانت الديار المصرية فى العهد القديم مبعثا لقانون مصرى كان له الفضل على الشرائع القديمة ، ثم كيف أصبحت بعد ذلك مسرحا للشرائع الغابرة تتحكم فيها الواحدة بعد الأخرى ، تبعا لما خضعت له مصر من الغلبة والفتح ، وكيف صارت مصر فى الوقت الحاضر مرتعا فسيحا لـكثير من القوانين والشرائع تعمل فيها سويا على اختلاف نظمها ومبادئها .

البحث الثانى

الشريعة اللاتينية

نشأتها وتطورها وانتشارها

تمهيد

نبوغ الرومان فى القانون

يتغنى المؤرخون والباحثون فى مختلف البلاد بالشريعـة اللاتينية ، ويرون فيها خير ما أثمرته عقول الرومان وخير ما تخلف للعصور الحديثـة عن مدنيتهم . وكما امتاز كل شعب من الشعوب القديمة فى ناحيـة من نواحى الحياة الفكرية والاجتماعيـة ، كذلك تميز الرومان بنظام قانونى ونشاط فقهى كانا من المتانة الخلقية ومن التهذيب العلمى حيث صارا من بعدهم ميراثا للانسانية [١] .

---

(١) من ذلك قول العالم الألمانى « اهرنج » Ihering بأن « روما فتحت العالم ثلاث مرات ، المرة الأولى بجيشها والثانية بدينها والثالثة بقانونها ، وكان الفتح الأخير أكثرها سلما وأبعدها مدى » أنظر Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français, Vol. I, p. 192 . وقول العالم الانجليزى « برايس» بأن « القانون الرومانى انما هو قانون عالمى يمثل وحدة الانسانية المتمدينة ، فما من مسألة من مسائل الفقه الا عرضها وما من جانب من جوانب العلم السياسى لم يلق عليه نوره » Bryce, Studies, p. 898 . وقول الأستاذ شيرمان الأمريكى بجامعة Yale University بأن « الفضل فى عودة المدنية الى اوروبا بعد طوفان العصور المظلمة راجع الى القانون الرومانى ذى الجلال والخير » Sherman, Roman Law in the Modern World, V. I, p. I . وقول الأستاذ الكندى والتون الذى كان=

والسر فى هذه العبقرية القانونية عنـد الرومان يرجع الى عدة أسـباب ، منها موقع الأمة الرومانية من الشرق واتصالها بأهل فينيقيا بحيث أخـذ الرومان عنهم تلك المبادىء القانونية التى تهذبت فى الأمم الشرقية بابل ومصر واليونان ، ومنها تعشق الرومان أنفسهم للجدل الفقهى وقدرتهم العلمية فى التحايل على النصوص والتوسع فى تطبيقها حتى تكونت من جهودهم فى خلال حياة الدولة مجموعة فقهية نادرة المثال [١] ، ومنها تأييـد الكنيسة المسيحية فى أول عهـدها لنظم القانون الرومانى واقتباسها كثيرا من مبادئه ، فانتصر على قوانين الأمم الجرمانية ، حتى استقلت الكنيسة بقانونها الكنسى فى خلال القرون الوسطى ، ومنها اتساع الامبراطورية وتعـدد طبقات رعاياها مع حرص الرومان على النظام المركزى حرصا ساعد على بناء النظام القانونى بحيث شملت أحكامه أجناس العالم الرومانى المختلفة ، فاكتسب صبغة عالمية جعلته ملائما لجميع الشعوب والعصور [٢] ، ومنها على الأخص طول العصور المتعاقبة التى نما فيها قانونهم من يوم انشاء روما فى القرن الثامن قبل المسيح الى وفاة جوستنيان فى القرن السادس بعد المسيح ، ثلاثة عشر قرنا لم ينقطع فيها تطور القانون عاما واحـدا حتى وقف بانحلال المدنية الرومانية نهائيا . وفى هـذا « خير ميدان نشاهد فيه كيف تولد القوانين وكيف

= مديرا لمدرسة الحقوق الملكية بمصر «اذا استثنينا الكتاب المقدس لا نجد كتابا أعمق أثرا فى المدنية الغربية من مجموعة القانون المدنى» Walton, Introduction to Roman Law, p.1. وقول الأستاذ الفرنسى Declareuil بجامعة تولوز بأن روما « تركت للعالم مجموعة من القانون والفقه عاش عليها جزء من الانسانية بل خلقت طائفة من التعاليم والمبادىء صالحة لجميع العصور ولكثير من نواحى الحياة الاجتماعية » Rome et l'Organisation du Droit, 1934, p. 2 . ولنا أن نقول بعد كل ما تقدم من آيات الاعجاب الصادرة من العلماء الحديثين اننا نعيش من الوجهة القانونية فى عصر يمكن تسميته عصر تقديس القانون الرومانى .

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p.p. 187 et s.

(٢) Walton, Introduction to Roman Law, p.p. 9 et s.

تعيش وكيف تموت » [١] .

لكن القانون الرومانى لم يمت وانما استمرت دراسته العلمية خلال ظلمات القرون الوسطى حتى أصبح أساس النظم المدنية الحديثة فى أكثر البلاد المتمدينة فى العصر الحاضر .

وسندرس فى هذا البحث كيف تكون القانون عند الرومان وكيف تطور حتى صار نظاما كاملا للمدينة ، فنظاما صالحا للدولة الامبراطورية ، ثم كيف أصبح سائدا فى أوربا وفى جهات أخرى من العالم الحديث . وسنبين فى خلال الدراسة العوامل المختلفة فى هذا التطور من مجهود الفقهاء والحكام الذين اشتغلوا بتفسير القانون وبتطبيقه ، الى تأثير الفلسفة اليونانية والديانة المسيحية ، الى نشاط الامبراطرة فى التشريع .

المصادر الأولى للقانون الرومانى

وقبل البحث فى تكون القانون الرومانى يصح أن نتساءل عما اذا كانت أصوله الأولى قد نبتت من تربة رومانية أم جاءت من خارج المدينة .

١ — مما لا نزاع فيه أن القانون الرومانى لم يكن أول قانون ظهر فى الانسانية ، بل وجدت مبادىء ونظم قانونية مهذبة فى شعوب قديمة قبل أن يبدأ تاريخ الرومان أنفسهم . ومن المجمع عليه أن القانون الرومانى القديم استمد كثيرا من مبادئه من القواعد اليونانية التى كانت متبعة من زمن سابق ، وأن لجنة العشرة التى وضعت قانون الألواح الاثنى عشر استعانت فى أداء مهمتها بالقوانين اليونانية ، ان لم يكن من أثينا ذاتها فمن الأقاليم اليونانية فى جنوب ايطاليا فى

---

(١) Girard, Droit Romain, 1924, p. 6.

ذلك العهد والتى كان يطلق عليها اسم اليونان العظمى [١] .

٢ — ودلت كثير من الآثار المكتشفة حديثا [٢] ومن أقوال المؤرخين قديما ، أن اليونان مدينــة لمصر وفينيقيا بكثير من مبادئها القديمة فى الفن والدين والقانون ، بفضل ما كان بينها من الصلات المتبادلة تجارية و بحرية . ومنذ أوائل العصور التاريخيــة زار مصر بعض علماء اليونان مثل « فيثا غورس » و« هيرودوت » واستعرفوا نظمها وقوانينها . وقيل بأن الأخير أقام بها أكثر من عشرين سنة وكان عند المصريين اذ ذاك نظام قانونى تام فى الأشخاص والأموال والدعاوى [٣] .

٣ — واذا تتبعنا الأثر فيما وراء ذلك نسمع من بعض المؤرخين أن مصر أخذت شيئا من قوانينها عن الدولة البابلية التى كانت من أقدم الأمم الأولى فى المدنية وفى النظم القانونية [٤] .

---

(١) Magna Graecia ، ويقول المؤرخون القدماء أن الرومان أرسلوا عند وضع قانون الألواح الاثنى عشر بعثة الى اليونان لتحضير هذا القانون هناك ، ومن هؤلاء المؤرخون Tite-Live و Denys d'Halicarnasse — راجع فى ذلك Beauchet جزء أول ص ٢٣ من المقدمة — وراجع أيضا ما تقدم فى البحث الأول ص٤٢ وهامش ١ . ولكن المؤرخين الحديثين يشكون فى صحة القول بارسال بعثة الى اليونان ويرون أنها أرسلت الى جنوب ايطاليا وصقلية حيث كان القــانون اليونانى سائدا — انظر Muirhead, Roman Law, p. 89 .

(٢) عاديات وآثار ونقوش عثر عليها فى حفائر Troy سنة ١٨٧٣ وفى Maycenale سنة ١٨٧٦ وفى Argolis سنة ١٨٨٤ وفى كريد سنة ١٩٠٠ .

وهذه الآثار مذكورة فى دائرة المعارف البريطانية .Encyc. Brit تحت اسم Aegean Civilisation و Grecce و Crede ومشار اليها فى شيرمان — الجزء الأول — ص ٢٠ .

(٣) Sherman, V. I, p. 20 ، وكذلك يؤكد العالم الأثرى ريفيو تشابه النظم بين القانونين المصرى والرومانى ، ويقرر بأن الألواح الرومانية مستمدة من مصدرين وهما القانون المصرى فى عهد أمازيس والقانون اليونانى فى عهد صولون
Revillout, Les Origines Egyptiennes du Droit Civil Romain, Paris 1912, p. p. 42 et 97-149

(٤) Sherman, p. 19 والمراجع التى يستند اليها .

واتباعا لذلك المبـدأ الاجتماعى القائل بأن المدنيـة لا تنبت من الوحشية دون عامل خارجى ، يمكن القول بأن القانون الرومانى يستقى بعض أصوله من مصادر خارجية ترجع فى النهاية الى قوانين بابل ، وقد تأيدت هـذه النتيجة باكتشاف مجموعة قوانين « حمورابى » فى العهـد الحالى ، تلك المجموعة التى دلت على درجة عظيمة من التهذيب القانونى الذى توافر عند أهل بابل منـذ عشرين قرنا قبل الميلاد .

الفصل الأول

القانون الروماني كقانون للمدينة

نشوءه وتطوره

١ — عهد الملكية الاول ، ٢ — عهد الملكية الأخير ، ٣ — عهد الجمهورية الأول ، ٤ — قانون الألواح الاثنى عشر ، ٥ — عهد الجمهورية التالى للألواح

تشتمل هذه المرحلة الأولى على تاريخ القانون الرومانى باعتباره نظاما لمدينة روما قاصرا على الرومان أنفسهم . وهـذه المرحلة تمتـد من تاريخ انشاء روما فى القرن الثامن الى سنة ٨٩ ق.م حيث منحت الجنسية الرومانية الى سكان ايطاليا وصار لهم بذلك حماية القانون الرومانى ، وتشمل عصر الملكية جميعه وعصر الجمهورية عدا الستين عاما الأخيرة منه .

— ١ —

عهد الملكية الأول

من ٧٥٣ — ق . م —

عهد الملكية أبعد عهد يرجع اليه تاريخ روما . بل ان تاريخ هذا العهد كله تغلب فيه الأساطير والمصادر غير الثابتـة . ولـكنه لاشك فى أن روما كانت فى عصر من عصور حياتها الأولى تحت سلطان النظام الملكى . والدليل على ذلك أن فى العصر الجمهورى ، الذى تلاه والذى تحقق تاريخيا ، بعض النظم التى لايمكن تفسيرها الا بأنها من بقايا العهد الملكى ، مثل نظام «ملك الشعائر الدينية»[1] وهو

(١) Rex sacrorum وكانت لحاكم دينى يقيم فى سراى خاصة اسمها ragia ويتولى رئاسة الشعائر الدينية العامة فى المدينة فى عصر الجمهورية .

الموكول اليه بأمور الشعائر الدينية ورياستها . ونظام « وسيط الملك »[(١)] وهو الذى يقـدم الى مجلس الشعب الحاكم المرشح لتولى الحـكم قبيل انتخابه . فمن هـذه الآثار المتفرقة ومن الأساطير المحفوظة عن العهد القديم ، تمكن المؤرخون من أن يستخلصوا وصفا عاما لذلك العصر الملـكى ونظمه ، وأن يقيموا الصلة بين العصور المتأخرة المحققة فى التاريخ وبين العصور الغامضة التى تقدمتها .

والظاهر أن روما كانت فى مبـدأ الأمر جماعة صغيرة من الزراع والرعاة ، مكونة من ثلاث قبائل مختلفـة أقاموا فى مكان محصن على مقربة من مصب نهر « التبر » . وكانت أحوالهم الاقتصادية قاصرة على زراعة الأرض وتربية الدواب . وكان أهل روما عند تأسيسها قد جاوزوا عهـد الانسانية الفطرى حيث لا يملك الانسان أرضا يزرعها أو ماشـية يرعاها بل يقتات مما تناله يده من الصيد أو من ثمر الأشجار . وكذلك جاوزوا عهدا آخر أحدث منه وهو عهد الانسان الراعى الذى يعيش متجولا بقطعان يرعاها ويتغذى مما تنتجه .

وكان لـكل أسرة قطعة صغيرة من الأرض للاقامة بها وكانت أراضى الزراعة والمرعى مقسمة على القبائل كل قسم منها مشاعا بين الأسر المـكونة لـكل قبيلة[(٢)] .

النظام العائلى والسياسى

كان الرومان القدماء يعيشون فى نظام الأبوة[(٣)] ، على رأس كل أسرة

---

(١) Interrex وهو عضو من أعضاء مجلس الشيوخ .

(٢) ويطلق على هذه القبائل الثلاث الأسماء الآتية Tities, Ramnes, Luceres وقد كون امتزاجها مدينة روما ، وكانت حالتها اذ ذاك لا تختلف عن سائر المدن الايطالية فى حالتها الاقتصادية والسياسية والقانونية — انظر جيرار — القانون الرومانى — طبعة ١٩٢٤ ص ١٢ .

(٣) Régime Patriarchal .

ربها له عليها سلطة مطلقة لا يقيدها الا الدين والرأى العام ، ويخضع لها كل ما يتصل بالمنزل من أشياء ومن أحياء ، بما فيهم الزوجة والولد والرقيق واللاجئين الى حمايته . وكان الممثل لأسرته فى صلاتها الخارجية ومنازعاتها مع الأسر الاخرى ، وكان رئيس الديانة العائلية حيث كانت تغلب فيها عبادة الأجداد وتقديسهم ، وكان القاضى الذى يفصل بين أفراد أسرته وله أن يوقع كل أنواع العقوبة من حبس أو نفى أو موت ، بعد استشارة مجلس من أقاربه دون التقيد بمشورتهم .

أما النظام السياسى فقد كان يتناسب فى تقسيمه مع النظام العائلى السابق وصفه ، وينحصر فى ثلاثة عناصر — الملك ومجلس الشيوخ ومجلس الشعب (١) .

فالملك ينتخبه للحكم مدى الحياة مجلس الشعب بناء على اقتراح عضو من الشيوخ يسمى وسيط الملك . وهو على رأس جماعة الرومان مثل الاب على رأس أسرته ، ويدير أعمال المدينة كما يدير الاب أعمال المنزل ، فهو القائد فى الحروب ، وهو رئيس الديانات ، وهو القاضى بين العائلات (٢) .

ومجلس الشيوخ يقابل مجلس الاقارب فى الاسرة ، مكون من رؤساء العشائر (٣) ، يستشيره الملك فى الامور الخطيرة ولكنه غير ملزم بأتباع رأيه ، وينظر كذلك فى المصادقة على قرارات مجلس الشعب .

ومجلس الشعب مكون من مجموع رجال الرومان الاحرار القادرين على حمل

---

(١) Rex, senatus, comitium .

(٢) ويقول بعض الباحثين أن الملك فى ذلك العهد كان يرتدى لباسا أحمر اللون ، ويصبغ وجهه بدهان خاص ويحمل بيده صولجانه السحرى ويختص لنفسه بركوب عربة حربية عند سيره فى المدينة — راجع Huvelin, Cours de Droit Romain, p. 24 .

(٣) يطلق على العشيرة عند الرومان كلمة Gens وهم الذين ينتسبون حقيقة أو اعتبارا الى جد واحد — راجع Huvelin, Cours de Droit Romain, p. 23 .

السلاح لافرق بين الاب وابنه ، يجتمع للجهاد أو للاقتراع[١] ، وعلى الملك الا يحدث تغييرا فى النظم العائلية أو القانونية أو السياسية الا برأيه ، كتغيير نظام عائلة بالتبنى ، أو تغيير نظام الميراث فى عائلة بالوصية ، أو اعفاء محكوم عليه من العقاب ، أو اعلان حرب على مدينة أخرى .

النظام القانونى

أما النظام القانونى فى العهد الاول من الملكية فلم يكن منفصلا عن الدين وكان مصدره الوحيد التقاليد المبنية على معتقدات دينية كانت أساسا لنظام الملك ولنظام الاسرة تؤيدها جزاءات دينية ينطق بها الملك أو رب الاسرة . فكان كل خروج عن سلطته وكل انكار لحقوقه يعتبر خطيئة تستوجب سخط الآلهة والاقتصاص ممن ارتكبها . وكان الزواج والطلاق والعتق والتبنى والتقاضى نظما مصبوغة بالصبغة الدينية .

والظاهر أن القواعد القانونية القائمة فى ذلك العصر كانت قاصرة على أمور الاسرة نظرا لندرة المعاملات بين العائلات واكتفاء كل أسرة بثمرات عملها . وكان الملك باعتباره رئيس الديانات يقرر القواعد الدينية تبعا لما يراه مطابقا لارادة الآلهة ، وباعتباره المختص بالقضاء يفسر التقاليد القانونية طبقا لما تمليه عليه

---

(١) كانت كل قبيلة من القبائل الثلاث تقدم عشرة جماعات أو فرق Curie وهو اسم لوحدة دينية وسياسية وادارية وحربية ، أى يشترك أفرادها سويا فى العبادة والاقتراع والحرب ، وكل فرقة مكونة فى الأصل من عشرة من الفرسان ومائة من المشاة ، وليس لها فى الاقتراع الا صوت واحد هو صوت أغلبية أفرادها . ولذلك فان مجلس الشعب يتكون من ثلاثين فرقة والأغلبية فيه من ستة عشر صوتا وليس للمقترعين أن يعدلوا أو يبحثوا فى المشروع المعروض عليهم سوى أن تعطى كل فرقة رأيها فيه بنعم أولا ، وقد تضاعف مع الزمن عدد أعضاء كل فرقة — انظر جيرار فى المرجع السابق ص ١٦ ، وهيفلان فى المرجع السابق ص ٢٦ .

وظيفته الدينية .

فكان الدين والقانون متصلين لصدورهما من مصدر واحد ولاستنادهما الى أصل واحد وهو رغبة الآلهة [١] .

وقد ذهب بعض المؤرخين الى ان قوانين ملكية leges regiae قد سنت فى خلال هذا العهد من طريق المجلسين ، مكونة من عدة أقسام ، منها ما يختص بتنظيم العبادات والشعائر الدينية ، ومنها ما يكفل حماية الاشخاص والاشياء المشمولة بحراسة الآلهة كالملك ورب الاسرة ، ومنها ما يضمن حياة المواطن والنزيل وعجل الزراعة ، ومنها أخيرا ما يمنع الأب من الاسراف فى سلطته على أولاده . وكلها قواعد جنائية ذات أجزية دينية أهمها جزاء الحرمان [٢] ، وهو ابعاد المجرم عن الاشتراك فى العبادة وتركه الى انتقام الأله الذى أثار سخطه . وقيل ان هذه النصوص جمعت فى مدونات قبل عهد الالواح . ولكن كثيرا من الباحثين ينفون صدور هذه القوانين أو النصوص المزعومة ، ويؤكدون ان الأمر لم يتعد فى هذا العهد تقاليد غير مكتوبة وضعها الكهنة [٣] . ومع هذا فان بعضا من كبار علماء القانون الرومانى الحديثين يرى صحة صدور قوانين ملكية ، لا من الطريق التشريعى ، بل من بعض الملوك بصفتهم زعماء الديانة ، وان وجودها ثابت من تطبيق أحكامها فى العصر الجمهورى واستشهاد رجال القانون فى ذلك العصر بها بوصف كونها قوانين ملكية [٤] .

---

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p.p. 189 et s.

Cuq, Les Institutions Juridiques des Romains, l'Ancien Droit, p. p. 8 et 55.

(٢) Excommunication انظر Cuq المرجع السابق ص ٨ .

(٣) راجع جيرار — المرجع السابق ص ١٧ ، وميفلان — المرجع السابق ص ٤٠ .

(٤) انظر فى تأييد هذا الرأى Cuq المرجع السابق ص ٨ ، ٥٧ .

— ٢ —

عهد الملكية الاخير

طبقة العامة

كانت التقاليد القانونية فى روما قاصرة على أعضاء العشائر الرومانية ، ثم تكون بمرور الزمن بجانب هؤلاء طبقة أخرى من الاحرار لا يرجع أصلهم الى القبائل الثلاث التى أسست المدينة ، وقد أطلق على هذه الطبقة اسم الرعاع أو العامة [١] . لتفريقهم عن أهل روما الأصلاء .

وهذه الطائفة أوجدتها عدة عوامل ، فمنهم أعداء مهزومون لم يخضعوا لحالة الرق ولم يلجأوا لحماية عائلة ما واستمروا كذلك تحت حماية الملك ، ومنهم مهاجرون أو نزلاء قطعت صلاتهم بحماتهم الذين ماتوا دون أن يتركوا خلفا يتولى حمايتهم من بعدهم . ثم نمت هذه الجماعة حتى صارت أغلبية فى المدينة ، لكنها أغلبية محرومة من النظم القانونية ومن الحقوق العامة ، وأصبحت العائلات الرومانية أقلية أرستوقراطية تتمتع وحدها بمقاليد الحكم وبالتقاليد القانونية .

استمرت هذه الحالة الى عهد الملك السادس « سرفيوس تاليوس » السابق للملك الأخير ، حيث بعثت على الشكوى والتذمر من الجانبين ، من العامة لحرمانهم من الحقوق السياسية والمدنية ، ومن الخاصة لتحملهم وحدهم أعباء الضرائب والجهاد . فأحدث هذا الملك نظاما وفق بين مطالب العنصرين ، فكفل للعامة حق الاقتراع وفرض عليهم الضريبة والخدمة العسكرية ، وذلك بأن قسم

---

(١) plebeii ، plébéiens أما أهل روما الاصلاء أو الأشراف فكان يطلق عليهم اسم patres أو patricii ، patriciens .

جميع الاحرار من سكان روما الى خمسة أقسام انتخابيـة وحربية ، لا بحسب الأسرات وإنمـا بحسب الثروة . وكل قسم منهـا يشمل الاشراف والعامة على السواء [١] .

انشاء النظم المدنية

وقد رتب فريق من المؤرخين [٢] على هذا النظام السياسى الجديد تغييرا خطيرا فى النظام القانونى . إذ كان يستلزم قيد أسماء الاهالى وأملاكهم فى سجلات المدينة [٣] . وكان هذا القيد يتجدد من وقت لآخر ويتغير تبعا لتصرف الاهالى فى أموالهم . فظهرت الحاجة الى طريقة للتثبت بهـا من حصول التصرف خشية تهرب البعض من عبء الجهـاد والضرائب . فتقرر أن التصرف فى الاموال النفيسة كالعقار والرقيق لا يكون صحيحا الا اذا حدث بطريق الاشهاد [٤] . وهو عقد يتم باجراءات علنية ورسمية معينة وبحضور خمسة شـهود من الرومان قيل بأنهم يمثلون الاقسام الخمسة وحامل الميزان الذى يزن مقدار الثمن [٥] . وهنا يتبين

---

(١) يحتوى القسم الأول على من يملكون من الأراضى نحو خمسة هكتار ، والثانى نحو ثلاثة ونصف ، والخامس نحو نصف هكتار ، وبعد انشاء هذا النظام بقليل شمل حساب الثروة الأموال المنقولة فأصبح القسم الأول ممن يملكون مائة ألف آس والخامس أحدى عشر ألف آس . وكان كل قسم يقدم عددا معينا من الفرق العسكرية . وكان اقتراعهم فى صورة استعراض حربى وفى ساحة المناورات ، ولكل فرقة صوت كما كان فى العهد الملكى الأول . هيفلان ص ٢٧ .

(٢) Lee ص ١٩٢ وما بعدها ، Muirhead ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) Census وهو يحدث مرة فى كل خمس سنين — هيفلان ص ٢٧ .

(٤) Mancipation وهو يتم باجراءات خاصة قوامها النحاس والميزان ولذلك أطلق عليه الاسم المستمد من هذين العنصرين acte per aes et libram .

(٥) يرى بعض كبار علماء القانون الرومانى فى العصر الحديث ان نظام الاشهاد سابق على عهد الملك «سرفيوس تاليوس» لأنه كان معمولا به عند بعض المدن اللاتينيه الأخرى=

لنا بدء انفصال النظم القـانونية عن القواعد الدينية بانشاء هـذا النظام الخـاص بالمعـاملات المدنية المحضة بين الاهالى ، بصرف النظرعن دياناتهم العـائلية وعن طبقاتهم الاجتماعية .

فقد كان من نتائج تقرير نظام مدنى لنقل الملـكية شامل للأشراف والعامة ان تقررت — الى جانب النظم الدينيـة التى كانت مقصورة على الأشراف — نظم مدنية قوامها « الاشهاد » فى الروابط العـائلية ، وفى التوريث بالوصية ، وفى العقود والمعاملات بين الأفراد ، حتى يستطيع العامة أن يشتركوا فيها وأن ينتفعوا بآثارها القانونية ، ولم تلبث هذه النظم المدنيـة أن ذاعت بين الاشراف أنفسهم وأصبحت السائدة فى علاقات الأفراد .

ففى الروابط العائلية نشأ الى جانب الزواج الدينى نظام الزواج المدنى المنشىء للسيادة الزوجية ، وهو الزواج بالشراء يشابه فى صيغه واجراءاته نظام الاشـهاد ، وقد اختلف الباحثون فى صفة الزوجين من هذا العقد ،اذ رأى البعض ان الزوج هو الذى يشترى الزوجة و بذلك تصبـح فى قبضة يده وخاضعة لسلطته كما يخضع الولد والرقيق ، و يرى البعض الآخر ما رآه معظم الـكتاب القدماء من ان الشراء متبادل بين الزوجـين و بغير ثمن — الزوج يشترى من الزوجـة أما تلد له أطفالا وتخـلد أسرته ، والزوجة تشترى من الزوج ر با يقوم بأودها وترث من تركـته . وهذا الرأى الأخير يتفق مع الاسم الذى أطلق على الزواج المدنى والذى يفيد فى

=ولأن عددالشهود الخمسة لا يمثلون الشعب لأنه الحد الأدنى للعدد المطلوب توفره فى العقد . أنظر جيرار طبعة ١٩٢٣ ص ٢٩٨ هامش ٥ ، ٢٩٩ هامش ٦ ، على أن الرأى القائل بانشائه فى عهد سرڤيوس تليوس يتأيد بأن عملة النحاس عملة حديثة العهد عند الرومان وأن اتخاذها كان عهد فى معاصر لعهد هذا الملك بعد الاستعانة قبل ذلك بالمبادلة وبرؤوس الدواب ، وأن المشترى فى اجراءات الاشهاد كان يخاطب الحاضرين بصفتهم رومان لا بصفتهم شهودا ، راجع فى ذلك Muirhead ص ٥٤ .

تركيبه ان الشراء مشترك بين المتعاقدين [١] . كذلك نشأ الى جانب التبنى الدينى ، الذى كان يترتب عليه خضوع شخص مستقل بحقوقه أو رب أسرته لسلطة شخص آخر [٢] ، نظام التبنى المدنى الذى يخرج به فرد عن سلطة رب أسرته و يدخل فى سلطة شخص آخر [٣] . والذى يتم شطره الأول بأن يبيع الأب الأصلى ابنه بطريق الاشهاد بيعا صوريا ثلاث مرات حتى يخرج من سلطته قانونا ، ثم يدعيه الأب الجديد بعد ذلك لنفسه أمام القضاء بدعوى صورية . وأخيرا لجأوا الى نظام الاشهاد على الصورة المتقدمة لتحرير الابن من سلطة أبيه حتى يصبح مستقلا بحقوقه [٤] .

أما فى التوريث بالوصية ، وقد كان كغيره من النظم لا يحدث الا بين الأشراف باجراءات دينية أو فى أثناء الجهاد ، فقد استعانوا بالاشهاد وسيلة للتوريث بالوصية ، وذلك بأن يبيع الموصى ثروته بالاشهاد بيعا صوريا الى صديق أو وسيط يتعهد ببيعها بعد وفاة الموصى الى من أراد توريثه [٥] . ولم يكن الوسيط ملزما بذلك فى أول الأمر الا بوازع من الضمير والشرف ثم أصبح فى عهد لاحق ملزما قانونا بعهده .

وأما فى العقود والمعاملات ، فكما أنشىء نظام الاشهاد لنقل الملكية من

---

(١) Co-emptio أى الشراء المشترك أو المتبادل — أنظر Muirhead, Roman Law p. 59

(٢) abrogation وكان مقصورا على الأشراف ، ولا يسرى على العامة لأنهم لم يكن لهم ديانة معترف بها .

(٣) adoption

(٤) الاسم الذى يطلق على التحرير émancipation يفيد أنه جاء من طريق الاشهاد.

(٥) وذلك لأن الرومان لم يتصوروا فى القديم أن تصرفا مدنيا يصدر من شخص أثناء حياته ويؤجل نفاذه الى بعد وفاته ، فاتخذت طريقة الاشهاد مرتين لتلافى ذلك .

شخص الى شخص ، كذلك أنشىء نظام شبيه به لخلق الحقوق الشخصية أو الالتزامات بين الأفراد ، وهو عقد الاستدانة أو الارتباط[١] . وذلك لأن الدائن عند الرومان الأقدمين كانت له سلطة صارمة على مدينه الممتنع أو العاجز عن الوفاء ، فأريد أن يكون لعقد الالتزام بالدين صورة علنية رسمية تبرر قيام هذه السلطة[٢] .

على أن نتائج الاشهاد لم تقف عند هذه النظم المدنية التى نشأت فى هذا العهد ، بل اتسعت دائرته فى المعاملات مع مرور الزمن فى العصور التالية فاستعمله الرومان صوريا لاجراء عقود جديدة ، كعارية الاستعمال والوديعة والرهن الحيازى ، مع تعهد المالك الجديد بأن يرد الملكية الى صاحبها عند انتهاء العارية أو الوديعة أو عند سداد الدين ، ولم يكن هذا المالك الصورى ملتزما قانونا بالرد فى أول عهد هذه العقود ثم صار لصاحب المال دعوى بالمطالبة برد ماله[٣] . ولما تقدمت المعاملات وتهذبت المبادىء القانونية أصبحت هذه العقود قائمة أمام القانون دون حاجة الى نقل الملكية الى المستعير أو الوديع أو الدائن المرتهن ، بل بمجرد نقل الحيازة اليه مع تعهده بردها الى مالكها عند انتهاء العقد[٤] .

فنظام الاشهاد كان عاملا خطيرا فى تطور القانون الرومانى وانفصاله عن الرسوم الدينية فى عهده الأول ، وكان وسيلة لانشاء نظم جديدة فى الروابط العائلية ،

---

(١) nexum .

(٢) راجع فى ذلك وفيما تقدم Muirhead المرجع السابق ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) ولذلك كان نقل الملكية على هذه الصورة يسمى فى أول أمره aliénation fiduciaire أى مستندا الى الذمة والضمير ، وكذلك كان اسم الدعوى التى أنشئت بعد ذلك لصاحب المال للمطالبة برد ماله اليه action fiduciaire — راجع جيرار ص ٥٤٥ وما بعدها . وكذلك موجز كيك Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 1928 p. 271

(٤) انظر جيرار طبعة ١٩٢٤ ص ٤٥٧ ومبادىء القانون الرومانى للمؤلف ص ٢٤١ .

كما أنه مهد لايجاد عقود وتصرفات جديدة فى القانون الرومانى فى عهوده اللاحقة .

وكان من آثار الاصلاح السياسى الذى قام به الملك « سرفيوس » ان انتظم العامة فى عشائر عائلية كالأشراف ، غير أنهم ما زالوا محرومين من الاشتراك فى مناصب الحكم ومن العضوية فى مجلس الشيوخ ومن التزاوج بالأشراف .

— ٣ —

عهد الجمهورية الاول

من ٥١٠ ق . م

١ — قيل بأن سقوط الملكية راجع الى عسف الملك الأخير « تاركوين » ومظالمه ، وإلغائه التقسيم الخماسى السابق وصفه والذى أحدثه سلفه فى طبقات الاهالى . وقيل بأن الانقلاب الذى حدث فى نظام الحكم ، من ملكى الى جمهورى ، يرجع الى حركة تطور عامة فى الجهات الايطالية ، كانت ترمى الى استبدال حكام لا تتجاوز سلطتهم زمنا محدودا بحكام يستأثرون بالسلطة مدى حياتهم . فحل محل الملك فى روما حاكمان منتخبان سميا بالقناصل [١] يحكمان لمدة سنة واحدة ، وتسلما ما كان للملك من الوظائف ما عدا الوظيفة الخاصة برياسة الشعائر الدينية ، حيث أبقى الرومان فى السراى الملكية ، خشية حرمان المدينة من حماية الآلهة ، ملكا دينيا بدون سلطة مدنية يتولى رياسة الديانات بصفته الحبر الأعظم أو ملك التقاديس [٢] .

(١) Consules — أنظر تفصيل هذين الرأيين فى كتاب جيرار الطبعة السابقة ص ٢١

(٢) Rex sacrorum وهو ما اتخذه المؤرخون دليلا على قيام الحكم الملكى قبل هذا العهد كما تقدم .

وبقيت عناصر النظام السياسى الأخرى فى عهد الجمهورية كما كانت فى العهد الملكى ، مجلس الشيوخ ومجلس الشعب ، والمجلس الأخير هو الذى ينتخب القنصلين . ثم أنشىء فى هذا العهد نظام المحكمين [١] ، للتحقيق والفصل فى الدعاوى المدنية التى يحيلها عليهم القنصل باعتباره الحاكم القضائى ، أما الفصل فى القضاء الجنائى فقد عهد به الى مراقبين بالنيابة عن القناصل [٢] .

٢ — أما العامة فقد اكتسبوا من تعديل القضاء المدنى والجنائى فى هذا العهد وتقدمت حالتهم ، حتى صار لهم شبه حكومة فى داخل الحكومة ، لهم حكامهم ومجالسهم الخاصة بهم . وذلك على أثر اشتداد النزاع مع الأشراف وهجرهم المدينة بقصد الانفصال عنهم ، فجزع الأشراف وأعادوهم اليهم ، وسمح لهم بنظام خاص بهم يماثل نظام الاشراف ، فكان لهم حاكمان لمدة سنة كقنصلى الاشراف و بجانبهما مراقبان مثل مراقبى الأشراف [٣] . وكان لحكام العامة الحق فى ايقاف كل حكم أو قرار صادر من حكام الأشراف متى كان ضاراً بمصالح العامة. وكان انتخابهم بمعرفة مجلس شعبى للعامة [٤] كان يصدر غير ذلك قرارات تشريعية سارية على العامة ثم أصبحت بعد ذلك نافذة ، مثل قرارات مجلس الشعب الخاص بالأشراف ، على جميع الرومان بعد مصادقة مجلس الشيوخ .

٣ — ويرجع الى مجهود العامة والى نشاط حكامهم الفضل فى أهم حادث تاريخى للقانون الرومانى القديم ، وهو وضع القواعد العرفية فى قانون مسطور . فقد كان الاشراف يحتكرون معرفة القانون وطرق تأويله وتطبيقه ، واتهمهم العامة

---

(١) Juré وبهذا صارت الدعوى المدنية منذ هذا العهد تنظر على دورين ، دور القانون ودور الوقائع . وقبل هذا العهد كانت الدعوى تنظر أمام الملك فى دور واحد .

(٢) questeurs ويعينهم القناصل — جيرار ص ٢٢ .

(٣) Tribuns و Aediles

(٤) Concilium plebis

باستمار جهلهم وغموض التقاليد القانونية و بتفسيرها لمصلحتهم دون العامة ، ولمعالجة هذه الحالة اقترح بعض حكامهم تدوين قانون تتبع نصوصه فى القضاء . فتشكلت بالفعل لجنة الحكام العشرة من الأشراف والعامة معا ، ووضعوا قانونا صادق عليه مجلس الشعب ، ونقشت نصوصه فى أثنتى عشر لوحة من الخشب وفى رواية أخرى من البرنز ، ونصبت فى ساحة القضاء بروما . وكان ذلك حوالى ٤٥٠ ق . م. وسمى بقانون الرجال العشرة أو قانون الألواح الأثنى عشر (١) . ثم أسقطت لجنة العشرة عقب ذلك بالرغم من حرصها على البقاء فى الحكم بعد أداء مهمتها .

ولهذا القانون أهمية عظمى من وجهة التاريخ التشريعى ، فهو البناء الأساسى للشريعة اللاتينية ، يجتمع فيه على السواء خاتمة مراحل التكوين القانونى وفاتحة التطورات الخطيرة التى ترتبت عليه فى العصور التالية .

---

(١) Loi des XII Tables او Loi des Decemviri

وقد زعم بعض علماء العصر الحديث من الباحثين فى القانون الرومانى وتاريخه أن الالواح الاثنى عشر لم تكن مدونة رسمية صادرة من الدولة فى روما كما اصطلح عليه المؤرخون ، وانما هى مجموعة خاصة وضعها بعض الكتاب على رأي ، أو جمعها من القواعد والآراء القديمة بعض الحكام على رأى آخر ، وفى عصر لاحق للعصر الذى نسب اليه قانون الألواح ، ويستندون فى صحة هذا الزعم على كثير من الأدلة ، أهمها أن لغة الألواح أحدث فى أسلوبها من لغة العهد الذى قيل بوضعها فيه ، وأنه لم يرد ذكرها فى مؤلفات بعض الكتاب الرومان اللاحقين ، وانها تحتوى فى الوقت ذاته على نظم فطرية أقدم عهدا كالقصاص واقتسام جثة المدين بين دائنيه ، وعلى نظم تلائم عصرا أحدث من عصر الألواح كاجراءات الجنازة ودفن الموتى بما فيها من معالم الترف الحديث . وممن قالوا بهذا الزعم الأستاذ الايطالى Pais فى Storia di Roma والأستاذ لامبير الفرنسى فى مجلة Nouv. Rév. His. 1902, 52. ولكن كثرة العلماء فندوا هذه المزاعم وأثبتوا اتفاق أسلوب الألواح مع لغة العصر الذى نسبت اليه ، والعلة فى عدم ورود ذكرها فى مؤلفات بعض الكتاب والأدباء ، وأن الأحكام الواردة فيها ملائمة للعهد الذى وضعت فيه . أنظر جيرار Girard فى مجلة Nouv. Rév. His. 1902, 381 . وكذلك Walton فى مقدمته للقانون الرومانى ص ١٠٥ .

— ٤ —

أحكام قانون الألواح

لم تصل الينا من قانون الألواح نسخة كاملة وانما وردت نصوصه فى تفاسير واقتباسات عديدة متفرقة فى كتب فقهاء الرومان وفى وضوح كاف لمعرفة قواعده الجوهرية .

وقبل أن نلقى نظرة عامة على أحكام الألواح الاثنى عشر يجب علينا الاشارة الى بعض الصفات التى امتاز بها هـذا القانون فى صيغته وفى جوهره ، وتلك الصفات تتلخص فيما يأتى :

١ — صيغت عباراته فى أسلوب موجز شـعرى تنتهى به فقراته بصورة متشابهة ، وقد كانت هذه الصيغة عامة فى المدونات القديمة[١] .

٢ — كانت أحكامه خاصـة فى الغالب منها بنظم مدنيـة مستقلة عن الدين ، لأنه أعد ليكون قانونا عاما على الرومان على اختلاف طبقاتهم وعقائدهم ، فلم يشتمل على كفارات أو عقوبات دينيـة كما كانت الحال فى العهد الملكى ، ذلك لأن انفصال القانون عن الدين كان قد بدأ منـذ اندماج العامة والاشراف كما تقدم . ولم يكن فى الألواح من الأحكام الدينية سوى بعض القواعد المتصلة بالجنازات ، وربما احتوت كذلك على التقويم الدينى وهو من الامور الهامة فى اجراءات التقاضى[٢] .

٣ — بعض قواعده مسـتعارة من القوانين الأجنبية واليونانيـة على

---

(١) ومن الكلمات التى كانت تنتهى بهـا عباراته ito و capito ، jacito ، sunto و esto .. الخ — انظر Muirhead ص ٩٥ .

(٢) Calendrier جيرار — ص ٢٧ .

الاخص ، والبعض الثانى تسجيل للتقاليد التى كانت متبعة فى روما قبل وضعه ، وكثير من هـذه التقاليد لم يشر اليها الا عرضا لتـداول اجراءاتها بين الناس فى ذلك العهد كالاشهاد والدعوى الصورية والوصية [١] .

٤ — أن الغرض الرئيسى من وضـعه لم يكن احداث اصلاح أو تغيير فى النظم القانونية السائدة ، بل جعلها واحدة للجميع ومعلومة للناس والغاء التعسف فى القضاء ، وعلى ذلك بين الظروف التى ينشأ فيها الحق أو يسقط ، وحدد العقوبات التى يحكم بها على المجرمين ، ولم يحدث الا تعديلات قليـلة فى بعض النظم ، ولم يمنع استئثار الاشراف بمناصب الحكم دون العامة ، ولم يسمح بالتزاوج بين الطائفتين [٢] .

٥ — كذلك كان تشريعا ضيقا فى اجراءاته قاسـيا فى أحكامه فطريا فى مبادئه ، يسقط الحق بهفوة شكلية ، ويقتل المدين اذا لم يسدد دينه ، ويقتص المجنى عليه فى بعض الحالات من خصمه بيده .

ولنذكر الآن المبادىء العامة التى احتوى عليها قانون الالواح الاثنى عشر . وأهم ما ورد فيه ، عدا النصوص الخاصة بالجنازات ، قواعد للعقوبات ولنظام الأسرة وللأموال وللدعاوى .

١ — أما عن العقوبات فقد كانت الجرائم قسمين ، جرائم عامة تهم الدولة أو الحـكومة وتمس صالحها كجريمة الخيانة العظمى ، وتشمل بعض الجرائم الخطيرة على الافراد مثل القتل . وأهم عقوباتها الموت شنقا أو حرقا أو بقطع الرأس أو بالجلد

---

(١) Walton ص ٩٨ و Muirhead ص ٩٠ وما بعدها .

(٢) جيرار — ص ٢٦ .

والالقاء من صخرة [١] ، ويحاكم مرتكبوها أمام مجلس الشعب [٢]. والقسم الثانى جرائم خاصة قليلة العدد يقع ضررها على الأفراد ولهم وحدهم حق طلب عقاب الجانى ، وذلك بأن يقتص المجنى عليه منـه بنفسه فى جرائم معينة وهى السرقة بالتلبس وفصل عضو من الجسم ما لم يتفق معـه على دية يدفعها ، أو بأن يطالبه بغرامة مقدرة قانونا فى باقى الجرائم وأهمها أحوال السرقة الأخرى والاعتداء على الشخص وقطع الأشجار وخيانة الوصاية .

٢ — اما عن الاسرة فان النظام الأبوى لم يزل سائدا ، فرئيس الاسرة هو المالك الوحيد لأموالها يخضع لسلطته زوجه وولده ورقيقه فى مستوى قانونى واحد ، وكان نظام الوصاية والقوامة مقررا على القصر والنساء وعلى المجانين والسفهاء لمراعاة صالح الوصى أو الاسرة أكثر منه لمصلحة المشمول بالوصاية أو القوامة .

٣ — واما عن الاموال فان الملكية كانت جائزة على العقار والمنقول ، والالتزامات ناشئة من الجرائم الخاصة ومن العقود ، وكانت العقود كلها شكلية وباجراءات رسمية سواء للتصرف فىالاموال أو للتعهد بالديون وكلاهما يتم بالنحاس والميزان [٣] .

٤ — واما نظام الدعاوى فقد كان عتيقا وفيه بقية من ذلك العهد الفطرى الذى كان لكل شخص فيه أن يأخذ حقه بيده دون الالتجاء الى السلطة العامة ، وتمتـاز اجراءاته بأشارات وعبـارات مقدسة أية هفوة فيها تعرض المخطىء لفقد

---

(١) Muirhead ص ٩٦ .

(٢) ثم فى عصر لاحق أصبحت محاكمتهم أمام محاكم خاصة أنشئت للجرائم العامة ، موجز كيك طبعة ١٩٢٨ ص ٥٥٤ هامش ٨ .

(٣) Mancipation, nexum, actes per aes et libram راجع جيرار ص ٢٧ وما بعدها .

حقه ، و بأنها (ما عدا واحدة) لا تصلح الا اذا أحضر المدعى خصمه معه أمام القاضى ، وكانت هذه الدعاوى أر بعة : —

الأولى تسمى أخذ رهينة [١] . وتحصل بلا تدخل من القاضى ، وهى ان يستولى الدائن على بعض أموال المدين المماطل حتى يسدد دينه . ونظرا لحالتها الفطرية قل استعمال هذه الدعوى من قبل ، بحيث كانت فى عهد الالواح قاصرة على ضرائب الحكومة ضد المتأخر فى دفعها ، وعلى مرتبات الجندى ضد المتعهد بصرفها اليه ، وعلى الديون المخصصة لغرض دينى .

والثانية تسمى القاء اليد [٢] . وهى دعوى تنفيذية على شخص المدين الذى تعهد بالدين فى عقد الاستدانة [٣] ، أو الذى حكم عليه بالدين فى دعوى القسم . وتتم بأن يقبض الدائن على مدينه أمام القاضى ، فان لم يعترض على ذلك أحد من أهله أو من أصحابه أخذه عنده سجينا حتى يفى بدينه والا قتله أو باعه . وان اعترض آخر على القبض عليه أمام القاضى برىء المدين نهائيا وسارت دعوى جديدة بين الدائن والمعترض [٤] ، حتى اذا اتضح أنه تدخل بغير حق حكم عليه بالضعف جزاء له .

والثالثة تسمى دعوى القسم [٥] . حيث يدعى رافعها بحقه أو بدينه ، فان أقر الخصم أو سكت عن الدفاع سلمه القاضى اليه لينفذ عليه بالدعوى الثانية . وان

---

(١) Pignoris capio جيرار ص ٢٩ و ص ١٠٣٧ .

(٢) Manus injectio .

(٣) nexum .

(٤) Vindex . أنظر جيرار ص ٢٩ و ص ١٠٤٣

(٥) Sacramentum وسميت دعوى القسم لأن الفصل فيها قائم على صدق اليمين او كذبه، فيعتبر الكاذب مرتكبا لخطيئة دينية تستلزم تدخل الدولة فى النزاع المدنى وحرمانه مما يدعيه — واجع جيرار ص ١٠٤٤ هامش ٢ .

نازع فى الدعوى أقسم كل منهما على صحة قوله [١] وأحيلت الدعوى على حكم لتحقيقها والفصل فيها ، فان ظهر ان المدعى حلف صدقا أصبح خصمه معرضا للتنفيذ عليه بالدعوى الثانية .

والدعوى الرابعة تسمى طلب الحكم [٢] ، وهى خاصة فى الغالب بتحديد التعويض عن الضرر و بقسمة المشاع وفصل الحـدود . حيث يطلب المدعى من القنصل تعيين قاض للفصل فى هذا النزاع ، أما بقية اجراءاتها فهى غامضة [٣] .

هذه مجمل القواعد التى كانت سائدة فى عهـد الالواح الاثنى عشر ، والتى كانت خاصة بالرومان فى المدينة أشراف وعامة دون غيرهم من سكانها . ولذلك كانت تسمى قانون الرومان [٤] .

---

(١) وبعد هذا العهد بقليل استبدل بالقسم مبلغ من المال يدفعه كل من الخصمين رهينة على صدق دعواه ، ومن يظهر كذبه يفقد مبلغه عقابا له على ذلك — المرجع السابق .

(٢) judicis *postulatis* — أنظر جيرار ص ١٠٤٧ .

(٣) ولـكن البروفسـور « رويز » الأسـتاذ بكلية الحقوق بالجامعـة المصرية عثر منذ عامين فى احدى المـكتبات فى القاهرة على صحيفتين كانتا ناقصـتين من مخطوط قديم للفقيه الرومانى جايوس Gaius ، الذى عاش فى القرن الثانى بعد الميلاد ووضع كتبا شرح فيها النظم القانونية القديمة . وقد تناولت الصحيفتان اللتان عثر عليهما الـكلام عن عقد الشركة وعن دعوى « طلب قاض أو حكم » ثم عن دعوى الاعلان Condictio . وقد جاء فى كلامه عن دعوى طلب قاض انها كما ترفع لقسمة التركة بين الورثة ولقسمة المشـاع بين الشركاء ، يجوز رفعها كذلك للمطالبة بدين أو بمبلغ من المـال مقرر بمقتضى عقد « الاشـتراط » Stipulation ، وان المدعى عليه اذا أنكر الدين أو المبلغ أمام البريتور طلب المدعى من هذا الحاكم القضائى أن يعطيهما قاضيا أو حكما يحقق الأمر ويفصل فيه ، فالنزاع يجرى فى هذه الدعوى كما يجرى فى دعوى القسم مع هذا الفارق وهو أن الطرفين لا يدفع أيهما رهينة ولا يتعرض لعقوبة مالية اذا اتضح كذب قوله وخسر دعواه . وقد زال كثير من الغموض فى اجراءات هذه الدعوى ونطاقها بفضل العثور على هذه الأوراق . راجع مقالا للبروفسور رويز فى هذا الموضوع فى القسم الفرنسى من مجلة القانون والاقتصاد ، السـنة الرابعة سنة ١٩٣٤ ص ٦٧ ، ٨٢ وما بعدها .

(٤) Droit des Quirites أى قانون حملة الرماح the Spearmen — Muirhead ص٦ .

— ٥ —

عهد الجمهورية التالى للالواح

كان تطور القانون فى خلال القرون الباقية من الجمهورية فى نشاط مطرد ، حتى تخلصت قواعده من الشكليات الرسمية التى أحاطت بها ، ومن الدائرة الضيقة التى انحصرت فيها ، وأضيفت اليها مبادىء جديدة ونظم أخرى دعت اليها العدالة وضرورات المعاملة .

وقد بدأ هذا التطور بالتسوية التامة بين طبقتى الاشراف والعامة باباحة الزواج بينهما وباشتراكهما فى مجلس الشيوخ وفى مناصب الحكم والوظائف الجديدة التى أنشئت كوظيفة البريتور أو الحاكم القضائى فى المسائل المدنية ، ووظيفة المحصى المكلف بالتعداد والادارة المالية (١) .

ونشأت بعد ذلك ارستوقراطية جديدة من الطبقتين اسمها النبلاء (٢) ، مكونة من الأسر التى كان أحد أجدادها من الحكام ، وصارت لهذه الطائفة ميزات فخرية أهمها ان أعضاء مجلس الشيوخ كانوا يعينون منهم وان الحكام كانوا ينتخبون عادة من بينهم .

ويرجع الفضل فى تقدم القانون فى هذا العهد الى أربعة عوامل وهى :

١ — تفسير الفقهاء وهم العلماء الذين اشتغلوا بدراسة القانون وتأويل نصوصه .

٢ — مجهود البريتور الذى تكونت منه مجموعة من المبادىء الجديدة سميت بالقانون القضائى .

---

(١) Censeur ، préteur

(٢) nobilitas أنظر جيرار ص ٣١ — وهيفلان ص ٦٤ .

٣ — انشاء وظيفة بريتور خاص بقضايا الأجانب والذى ترتب على عمله تكون قانون الشعوب .

٤ — عمل المشرع أو القرارات التشريعية الصادرة من مجالس الشعب .
وسنأتى على نصيب كل من هذه العوامل فى حركة التطور العامة .

اولا — تفسير الفقهاء

كان تأويل القانون ومعرفة أحكامه ، قبل عهد الالواح و بعده بقليل من الزمن ، من اختصاص الكهنة دون غيرهم ، وهم من طبقة الأشراف . وكانوا يحتفظون سرا بثلاثة سجلات لا غنى عنها فى تطبيق القانون ، أحدها يحتوى على اجراءات العقود والدعاوى وكلها قائمة على رسوم شكلية دقيقة ، والثانى يشتمل على التقويم الدينى الذى يبين الايام المخصصة للشعائر الدينية ، والايام المقررة للاجتماعات السياسية ، والايام التى يجوز فيها التقاضى وادارة العدل بين الأفراد ، والثالث يجمع المبادىء القضائية والتقاليد القانونية المتبعة . فلما أذيعت هذه السجلات على يد أحد الكتاب فى عام ٣٠٤ قبل الميلاد ، وتعلمها أفراد من العامة فتح أمامهم باب الاشتراك فى مناصب الكهنة .

ولم تمض أعوام قليلة حتى صدر قانون بترك خمسة منها للعامة [١] ، وعند ذلك أخذ كهنة العامة فى تقديم المشورات والآراء القانونية علنا للناس ، وأصبحت هذه الوسيلة سبيلا لمن يطمع من رجال القانون فى كسب السمعة لدى الشعب ونيل المناصب فى الدولة [٢] . وظهر فى القرن الأخير من الجمهورية بعض مشاهير الفقهاء ، مثل « كاتو » و « اسكافولا » ، كان لهم بعض الشأن فى تطور القانون

---

(١) Huvelin, p. 45

(٢) Girard, p. 47

وتعديل أحكامه وتوسيع نطاقها فى المعـاملات . وكانت أهم وسـائلهم الى ذلك الافتراضات أو الحيل القانونية ، كبيع الولد صوريا لتحريره من سلطة أبيه ، وكجعل الرهن الحيازى فى صورة بيع بالاشهاد لأن عقد الرهن فى ذلك العهد لم يكن مقررا قانونا (١)

ثانيا – مجهود الحاكم القضائى

أنشئت وظيفة البريتور فى سنة ٣٦٧ ق . م . حتى يعهد اليه من أعمال القناصل بالقضاء المدنى ، وهو ينتخب لمدة سنة مثلهم . وكانت مهمته كالقنصل تنحصر فى سماع عبارات الطرفين الرسمية فى الدعوى ، فان كانت مطابقة للاجراءات ولنصوص الألواح أحالها على حكم للفصل فيها ، وان لم تكن مطابقة للنصوص رفض الدعوى وصرف الخصمين . ولم يكن فى سلطته منح دعوى أو منعها خلافا للنصوص ولو كان الظلم ظاهرا فيها ، كما اذا حصل العقد بالاكراه أو الغش أو بسوء نية من المدعى ، أو اذا أخطأ صاحب الحق فى الاشارات والعبارات التى يجب عليه القيام بها أثناء دفاعه أمامه (٢) .

ثم رأى البريتور بعد ذلك ، اقتداء بزميله المختص بقضايا الأجانب ، أن يستبدل بهـذا النظام العتيق نظاما جديدا لا محل فيه للصيغ الرسمية ، بحيث يشرح كل خصم دعواه كما يشاء ، ثم يحيل القضية على الحكم ببرنامج كتابى يبين له ما يحققه من الوقائع وما يحكم به عند ثبوتها . وصدر قرار تشريعى اسمه قانون

---

(١) Sherman, Roman Law in the modern world, vol. I, p. 35

(٢) ومثل ذلك أنه اذا أراد شخص مطالبة جاره بتعويض لقطع كروم عنبه ، وجب عليه أن يقول فى دعواه أنه قطع أشجاره حتى يكون مطابقا لنصوص الألواح ، فان قال غير ذلك سقطت دعواه — أنظر Lee, Historical Juris. p. 222 .

ايبوتيا [١] حوالى ٢٠٠ ق . م مؤيدا لهذا النظام . ومنذ ذلك الوقت اتسع أمامه المجال لوضع مبادىء وأحكام جديدة ، بحيث وصل الى سماع الدعوى دون التقيد بالاجراءات الشكلية والى منح الدعوى أو منعها فى غير الأحوال المنصوص عليها فى الألواح . ومن ذلك اعطاء المدعى عليه الذى تعاقد تحت تأثير الغش أو الاكراه دفعا [٢] لاسقاط الدعوى اذا ثبت الغش أو الاكراه ، وقد تدرج فاعتبر الغش والاكراه جريمة يترتب عليها دعوى بالزام مرتكبها بغرامة للمجنى عليه . ومن ذلك أيضا منح دعوى السرقة للمجنى عليه الأجنبى ضد السارق الرومانى ، وحماية حق المشترى الذى اكتفى بتسليم المال المباع اليه بدلا من اجراءات الاشهاد ، ومنح دعوى على من نقلت اليه ملكية شىء بقصد حفظه وديعة أو رهنا أو استعماله عارية ثم لم يرد الملكية الى صاحبه الأصلى بعد انتهاء أجل الوديعة أو الرهن أو العارية ، ولم يكن قبل ذلك على المالك الجديد فى هذه الأحوال أى التزام قانونى برد ملكية ما أخذه وديعة أو رهنا أو عارية [٣] .

منشور البريتور

وقد توصل البريتور بهذه الصورة الى تكوين مجموعة من المبادىء القانونية معدلة لنصوص الألواح أو مخالفة لها . وكانت هذه المبادىء مبنية أحيانا على فكرة الاقتراض كما فى دعوى الأجنبى على وطنى ، وفى حماية الذى اكتسب الملكية بالتسليم ، أو مبنية أحيانا على فكرة العدالة كما فى أحوال الغش والاكراه فى

---

(١) Loi Aebutia ومن هذا العهد سمى نظام التقاضى بنظام البرنامج Procédure formulaire .

(٢) Exception

(٣) جيرار ص ٤٢ وما بعدها وص ٥٤٨ وما بعدها ، وموجز كيك ص ٣٠٧ ، ومبادىء القانون الرومانى للمؤلف ص ١٨٦ .

العقود . وكان البريتور يقرر مبادئه الجديدة متأثرا بآراء الفقهاء من جهة ، وبمجهودات البريتور الخاص بقضايا الأجانب من جهة أخرى ، اذ كان الأخير غير مقيد بنصوص أو قوانين بالنسبة للأجانب ، فكان أكثر صراحة وجرأة فى تقرير المبادىء القانونية الخاصة بهم[1] .

وكان كل حاكم قضائى ينشر على الناس عند انتخابه بلاغا أو منشورا أو بيانا[2] ، يبين فيه خطته والأحوال الجديدة التى يمنح فيها للشخص حمايته ، اما باعطائه دعوى أو دفعا ، والمبادىء التى ينوى ادخالها فى القانون . وكان يطبق هذه المبادىء مدة حكمه ، وعند انتخاب غيره كان يحافظ عليها عادة فى بلاغه الذى ينشره ، ثم يضيف اليها ما يراه صالحا من المبادىء الجديدة أيضا . وبذلك تكون على ممر السنين مجموعة من القواعد القانونية — قائمة بجانب نصوص القانون المدنى — اما مكملة لهذه النصوص أو معدلة لأحكامها وسميت هذه المبادىء بالقانون القضائى أو البريتورى[3] .

ولم يكن منشور كل حاكم قضائى ملزما لهذا الحاكم الا الزاما أدبيا ، بحيث أن له أن يتبعه أثناء القيام بوظيفته ، وله أن يعدل عنه وأن يطبق نصوص القانون المدنى حرفيا . وسنرى بعد كيف أصبحت قواعد كل منشور ملزمة قانونا للبريتور الذى أصدره ، وذلك فى الأيام الأخيرة للجمهورية ، ثم كيف صارت هذه القواعد ملزمة لكل بريتور يأتى بعد الذى أصدرها ، وذلك فى أوائل الامبراطورية ، فأصبحت بذلك تشريعا بالمعنى الصحيح مثل القانون المدنى ذاته .

---

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p. 221 et s. ، وكذلك شيرمان ص ٣٦ .

(٢) Edit., edictum

(٣) Droit prétorien أو Droit honoraire وهى مشتقة من كلمة honos أى المناصب القضائية magistrature — أنظر جيرار طبعة ١٩٢٤ ص ٤٣ هامش ١ .

ثالثا — مجهود بريتور الاجانب

سبق أن عرفنا فى دراسة الوسائل العامة لتطور الشرائع القديمة كيف أن الأجانب فى روما لم يكن لهم فى الاصل قانون معترف به ينظم أحوالهم ومعاملاتهم، سواء فيما بين بعضهم والبعض الآخر أو فيما بينهم وبين الرومان ، إلا من كان منهم منتفعا بمعاهدات خاصة مع روما ، كأهل قرطاجنة الذين كان لهم مع الرومان حق التعامل . وعرفنا أن القانون الرومانى لم يكن قابلا لسريانه على الأجانب لما سبق بيانه من الأسباب . فلما اتسعت فتوحات الرومان فى ايطاليا وفى جهات أخرى دخل فى الدولة الرومانية طوائف عديدة من الرعايا دون أن يكون لهم حق التعامل،ثم كثرت الصلات الاقتصادية والتجارية بين الرومان وهؤلاء الأجانب فى روما ، فأصبح من الضرورى أن يكون لهم حماية قانونيـة ما . ولذلك أنشئت فى سـنة ٣٤٢ ق.م وظيفة حاكم قضائى خاص بأمور الأجانب فى روما ينتخب سـنويا مثل البريتور الخاص بالرومان ، وكان يتولى احالة قضايا الأجانب الى محكمين [١] ببرنامج كتابى فى كل قضية يبين فيه للحكم حـدود مهمته فى فحص الوقائع والفصل فيها ، وهو النظام الذى استعاره منه بريتور الرومان وأصبح نظاما شرعيا للرومان بمقتضى قانون ايبوتيا . وقد اضطر بريتور الأجانب وليس أمامه نصوص قانونية يسير عليها أن ينشىء أحكاما ونظما قانونية لمـا يعرض له من الأحوال ومسائل النزاع المختلفة . وكان يستمد هذه الأحكام والنظم من التقاليد التجارية السارية فى معظم الأمم المجاورة ، ومن العناصر الجوهرية المشتركة فى نظم البلاد المختلفة ، ومن مبادىء العدالة . وتكونت من جهود هذا الحاكم مجموعة من القواعد القانونية خاصة بالأجانب وسميت بقانون الشعوب ، باعتبارها جملة المبادىء

---

(١) وكان لهم اسم خاص وهو arbiter أو recuperatore — أنظر تفصيل ظروف انشاء هذه الوظيفة فى Lee, Historical Jurisprudence, p. 231 .

المطابقة للمعقول والمقبولة عند جميع الشعوب لخلوها من الرسميات والاجراءات الخاصة بكل بلد [(١)] .

ومن أمثلة النظم التى نشأت فى قانون الشعوب التسليم والاضافة والاستيلاء من طرق اكتساب الملكية ، وحق الحكر والرهن غير الحيازى من الحقوق العينية [(٢)] ، وتقدير الغرامة فى جرائم الاعتداء على الشخص بحسب الضرر الناشىء عن كل جريمة لا بمبلغ مقدر قانونا ، وتشديد العقوبة فى جرائم السرقة والاعتداء اذا ارتكبت بالقوة ، ومحاربة الغش والاكراه فى العقود [(٣)] .

وكان كل بريتور للأجانب يصدر عند انتخابه منشورا بالقواعد القانونية التى يرى اتباعها فى مدة حكمه . وكانت هذه القواعد من المصادر الهامة التى استقى منها بريتور الرومان مبادئه التى يقررها فى منشوره . كذلك كان حكام الأقاليم والولايات يستمدون من منشور بريتور الأجانب فى روما قوانينهم التى يسيرون عليها فى البلاد الخاضعة لحكمهم [(٤)] .

ويلاحظ أن قانون الشعوب الذى كونه بريتور الأجانب ، ولو انه مستمد من بعض التقاليد الاجنبية الى حد ما ، وخاص بمعاملات الاجانب سويا أو مع الرومان ، الا انه ذو صفة رومانيـة ، لأنه صادر من حاكم رومانى وهو بريتور الاجانب وتطبقه سلطات رومانية [(٥)] .

وقد رأينا كيف ان هـذا القانون نسب مصـدره الى القانون الطبيعى ، فارتفعت قيمته واندمج فى القانون الامبراطورى ، فصار نافذا على جميع رعايا

---

(١) Walton, Introduction to Roman Law, p. 249 .

(٢) Emphythéose و Hypothèque — أنظر Lee ص ٢٣٣ .

(٣) أنظر Girard ص ٤٢١ ، ٤٣٦ .

(٤) Walton ص ٢٤٩ — ٢٥٠ .

(٥) أنظر Lee ص ٢٣٣ .

الدولة من رومان وأجانب .

رابعا — عمل المشرع

علمنا أن السلطة التشريعية فى عصر الجمهورية كانت لمجلس الشعب ومجلس العامة ، ولكن القرارات التشريعية التى صدرت منهما كانت قليلة العدد قاصرة على الأمور الخطيرة ، وقد تقدم فى البحث الأول بيان القوانين الهامة منها [١] . ونضيف اليها هنا قانون « سيليا » الذى أنشأ دعوى خامسة من دعاوى القانون اسمها « الاعلان » [٢] ، للمطالبة بمبالغ محددة المقدار أو بأشياء معينة ، وهى تمتاز عن دعوى القسم ببساطة اجراءاتها ، و بأن مبلغ الرهينة الذى يدفعه كل من الخصمين على صحة دعواه يذهب لكاسب الدعوى لا للدولة ، وبأنها تتيح للمدعى فرصة انهاء النزاع فى دوره الأول بتوجيه اليمين الحاسمة الى المدعى عليه لأدائه أو رده على المدعى . وكذلك قانون « اكيليا » [٣] الذى وضع تنظيما شاملا لجرائم الاضرار بأموال الغير من رقيق وحيوان وديون ، بعد أن كان هذا النوع من الجرائم قاصرا على حالات فردية مبينة فى الألواح كقطع الأشجار وحريق المنازل بالاهمال . وأخيرا قانون « جونيا » [٤] الصادر فى سنة ٨٩ ق.م بمنح الجنسية الرومانية لأهل ايطاليا ، ولهذا القانون خطورة كبرى فى تمهيد المرحلة الثانية لتطور القانون الرومانى .

---

(١) راجع ص ٩٥ — ٩٦ من البحث الاول .

(٢) condictio وهو أن يعلن المدعى خصمه بالحضور بعد ثلاثين يوما أمام الحاكم حتى يعين لهما قاضيا يفصل فى النزاع — راجع أحكامها واجراءاتها فى جيرار ص ١٠٤٨ ، وفى Lee ص ٢١٨ ، وفى مقال البروفسور رويز فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة — ص ٦٧ وما بعدها من القسم الفرنسى وقدكانت عند انشائها خاصة بالنقود ، ثم صدر قانون Calpurnia فجعلها شاملة للأشياء المعينة .

(٣) Lex Aquilia وتاريخ صدورها غامض تحديده — وهو بين تاريخ وضع الألواح ومنتصف القرن الثانى قبل الميلاد — جيرار ص ٤٣٢ .

(٤) Lex Julia وهى خاتمة المرحلة الأولى للقانون الرومانى .

الفصل الثانى

القانون الرومانى كنظام للدولة الرومانية

١ — عهد الجمهورية الاخير ، ٢ — عهد الامبراطورية العليا ،
٣ — عهد الامبراطورية السفلى .

فتحت روما بلاد ايطاليا فى القرن الثالث قبل الميلاد ، وأتمت فتوحاتها فى اسبانيا وقرطاجنة واليونان فى خلال القرن الثانى . وفى أوائل القرن الاول ثارت البلاد الايطالية على روما مطالبة بالمساواة بين أهلها و بين الرومان فى الحقوق والجنسية ، فنشبت حرب سميت بالحرب الاجتماعية كادت تقضى على روما لولا صدور التشريع السالف ذكره فى سنة ٨٩ بمنحهم الجنسية الرومانية ، فصار لهم الحق فى الاشتراك فى النظم الرومانيــة والاحتماء بالقانون الرومانى . وكان هــذا القانون الى ذلك الوقت نظاما مقررا لأهالى مدينــة روما ، بفضل العوامل التى تقدم وصفها ، والتى أحــدثت فيه من التعــديل والتوسع ما جعله صالحا لسكان المدينة. فلما صدر قانون «جوليا» صار من المحتم تطبيق قانون المدينة على الدولة ، واستلزم ذلك تطورا جــديدا فى القانون الرومانى حتى يلائم الحالة الجديدة [١] . هذه هى المرحلة الثانية للقانون الرومانى،وهى تشمل العهد الاخير من الجمهورية ، وعهــد الامبراطورية السابق على انتشار الديانة المسيحية ، ثم العهــد التالى لذلك حتى جستنيان . وسنتتبع سير القانون فى هذه العصور .

---

(١) Sherman, Roman Law in the modern world, vol· I, p. 43

— ١ —

عهد الجمهورية الأخير

من سنة ٨٩ — ق .م —

كان من نتيجة اتساع الدولة الرومانيـة وكثرة فتوحاتها أن تغيرت الحياة الاجتماعيـة تغيرا جوهريا ، وانتقلت من حالة زراعيـة بسيطة الى حالة أخرى تقدمت فيها التجارة والصناعة ، واتسعت الثروات وموارد الرزق ، وضعف فيها الايمـان بالأديان واحترام التقاليد ، وتنوعت الصلات والمعـاملات بمهاجرة عدد عظيم من أهالى الأقاليم والولايات الى روما ، وبانتقال عدد آخر من الرومان جنود وتجار الى المستعمرات [١] .

لذلك أخذت الأفكار القانونية فى التهذيب والاتساع حتى تشمل الأحوال الجديدة ، وبدأ وضع قواعد عامة جعلت أساسا للنصوص المتفرقة أو الحلول القانونية الفردية ، وتقاسيم علمية للأشـياء والأموال والحقوق والعقود . وكان الفضل فى هذه الحركة العلمية راجعا الى الفقهاء والشراح ، حتى اعتبر هذا العهد فاتحة العصر العلمى [٢] ، وهو الذى ينتهى بانتهاء القرن الثالث بعد الميلاد . ومن أشهر الفقهاء فى أواخر الجمهورية شيشرون المعروف ببلاغته فى الخطابة والكتابة [٣] ، وهو الذى اعتنق فلسفة الزهد اليونانية ، وتناول نظرية القانون الطبيعى بالدرس والتهذيب

---

(١) Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, p. 6

(٢) Epoque Classique — وقد اختلف الباحثون فى تحديد مدته ، وأرجح الآراء انها نحو أربعة قرون بدأت قبل الميلاد بنحو مائة عام وانتهت بعده بنحو ثلاثمائة — أنظر موجز كيك المرجع السابق ص ٣ .

(٣) وكانت حياته فى ١٠٦ — ٤٣ ق . م واليه يرجع الفضل فى الوقوف على قواعد القانون الرومانى فى العهد الجمهورى وعلى الأخص الدعاوى والاجراءات القضائية — أنظر شيرمان — جزء أول — ص ٤٨ .

واعتبره مصدرا لقانون الشعوب ، وكان لعمله هذا أثر خطير فى تطور القانون فى العصر الامبراطورى .

وقد استمرت العوامل الأخرى — المشرع والحاكم القضائى — فى تطور القانون الرومانى بالصورة التى تقدمت فى الفصل الأول . بل أصبح لمنشور الحاكم القضائى ، سواء أكان مختصا بقضايا الرومان أم بقضايا الأجانب ، مركز رسمى من الوجهة القانونية ، حيث صدر فى سنة ٦٧ ق.م قانون « كورنليا » يجعل كل حاكم ملزما باتباع منشوره فى مدة حكمه و بتطبيق مبادئه عند الفصل فيما يعرض عليه من القضايا ، وبذلك ازدادت خطورته فى تهذيب النظم القانونية [١] .

ونشير هنا الى ان القرارات التشريعية التى كانت تصدر من مجلس العامة كانت أكثر عددا وأكبر أهمية من قرارات مجلس الشعب المشكل من الاشراف منذ العهد الملكى [٢] ، بل ان بعض الباحثين يقرر بأن مجلس الشيوخ ذاته لم يستعمل سلطته التشريعية فيما عدا تحضير مشروعات القوانين وتسجيل القوانين الصادرة من المجالس الشعبية [٣] .

— ٢ —

عهد الامبراطورية العليا

من سنة ٢٧ ق.م

تغلب أوكتاف على منافسه انطونيو وحليفته كليوباترا فى معركة حربية

---

(١) Loi Cornelia — وقد أطلق عليه من ذلك الوقت عبارة المنشور الدائم Edictum perpetuum — راجع جيرار ص ٤٣ — وكذلك Lee ص ٢٣٠ .

(٢) Huvelin ص ٦٧ .

(٣) Sherman جزء أول ص ٤٥ .

سـنة ٣٠ ق.م ، وضم مصر الى الامبراطورية الرومانية وأصبح صاحب السيادة فى الدولة . وعند ما انتهت الحالة العرفية التى ترتبت على الحرب أعلن فى سنة ٢٧ اعادة الحياة الدستورية وانه ترك شئون الدولة الى مجلس الشيوخ والشعب ، وقد منحه مجلس الشيوخ لقب « اوغسطوس » [١] . ومع احتفاظه بالمظاهر الجمهورية من مجالس وحكام منتخبين ، فانه كان فى الواقع مستقلا بأمور الحكم،وازدادت هذه الحالة فى عهد خلفائه على العرش فى خلال هذا العصر [٢] .

وقد ترتب على هذا التغيير فى نظام الحكم تعديل فى عوامل التطور القانونى التى كانت تعمل فى خلال العصر الجمهورى ، كما يتبين من التفصيل الآتى : —

١ – مجهود البريتور

فالحاكم القضائى ضعف نشاطه وقل ابتكاره للمبادىء القانونية فى منشوره ، ومع أن سلطته ما زالت باقية وحقه فى تعديل المنشور وتجديد القانون قائما ، فقد ضاع استقلاله نظرا لاتساع نفوذ الامبراطور [٣] . وتدخله فى التشريع وفى تفسير القوانين ، وقد تركزت السلطة القضائيـة فى يده ، اذ أصبحت جهة الامبراطور مقر الفصل النهائى فى كل نزاع ، يرفع اليها استئنـاف الأحكام من كل مكان فى

---

(١) Augustus وهو يعرف بهذا الاسم فى التاريخ .

(٢) أنظر Sherman جزء أول — ص ٥٠ .

وقد كانت سياسة أوغسطوس أن يستبقى ما استطاع هيكل التقاليد المحبوبة الى نفوس شعبه وأن يقنعه بأن انشاء الحكم الامبراطورى لم يحدث تغييرا جوهريا فيها ، لأنه كما قال بعض المؤرخين «كان شاعرا بأن النـاس تحكمهم الأسماء وأن مجالس الشيوخ والعـامة ستخضع لاستعباده ما دام يؤكد لها فى احترام أنها تتمتع بحريتها القديمة » — راجع Lee ص ٢٥٠ .

(٣) نقصـد بكلمة الامبراطور فى هذا البحث من تولى الحكم فى هذا العهد منذ أوغسطوس .

الدولة ، ولكل فرد من الرعية أن يعرض عليه قضيته [١] . وقد ترتب على كل ذلك أن تعطلت وظيفته الانشائية ، وتداول منشور البريتور من سلف الى خلف بغير تغيير أو اصلاح . و بذلك قضى بالتدريج على عامل قوى فى تهذيب القانون ، الى أن تم ذلك نهائيا فى عهد الامبراطور هادريان سنة ١٣١ ب . م ، حيث جمعت القواعد التى قررتها منشورات البريتور الخاص بالرومان ومنشورات البريتور الخاص بالأجانب ، كل منهما فى مجموعة واحدة رسمية صودق عليها بقرار من مجلس الشيوخ ، وأصبحت ملزمة قانونا لكل بريتور وغير قابلة للتغيير [٢] .

٢ — عمل المشرع

أما السلطة التشريعية فقد انتقلت مع مرور الزمن من مجالس الشعب الى مجلس الشيوخ ، ولم يبق لها فى آخر الأمر الا المصادقة على قرار مجلس الشيوخ بمنح السلطات العليا للامبراطور عند جلوسه على العرش .

وقد ورث مجلس الشيوخ السلطة التشريعية مع الامبراطور ، وشاركه فى الادارة العليا وفى الشئون المالية ، وذلك بأن اقتسم المجلس والامبراطور أقاليم الدولة ، قسم منها خاضع لادارة المجلس و يدخل ايرادها فى الخزينة العامة ، وقسم آخر فى يد الامبراطور و يدخل ايرادها خزينته الخاصة . ومن أجل هذا الاشتراك فى السلطة بين الجهتين يطلق المؤرخون على النظام السياسى الذى أقره

---

(١) Lee ص ٢٥١ .

(٢) وقد عهد بجمع المنشور وترتيبه الى فقيه شهير اسمه « جوليان » Salirus Julianus ، وعمله هذا يعتبر تجميعا رسميا لمبادىء المنشور القضائية ، ولا زال يطلق عليه اسم « المنشور الدائم » لا بمعنى أنه دائم لمدة سنة واحدة كما كان من قبل بل بمعنى دوامه لأجل غير مسمى كالقانون المدنى ذاته . ويرى بعض الباحثين أن البريتور بقى له بعد ذلك أن يضيف الى المنشور أحكاما عن الحالات الجديدة التى لم يتناولها المنشور الدائم — Huvelin, Cours de droit romain, p. 89 .

أوغسطوس اسم « النظام الثنائي » [١] .

وكانت القرارات التشريعية الصادرة من مجلس الشيوخ في هـذا العهد تسمى « مشورة الشيوخ[٢] » ، وانما كانت لها قوة القانون العادى منـذ عهد هادريان على الأقل . وقد صدرت منه عدة قوانين ذات صفة تشريعية في القرن الثانى بعد الميلاد ، ولكنها انقطعت ببدء القرن الثالث ، لأن اختصاصه التشريعى لم يكن في الواقع الا مرحلة متوسطة بين الشعب والامبراطور[٣] ، فقد تولى الأخير بدوره انتزاع هـذه السلطة من مجلس الشيوخ لنفسه شيئا فشيئا حتى استقرت في يده .

ذلك أنه بعد أن كان هذا المجلس يصدر قراراته أو مشوراته بعد البحث والمناقشة فيما يعرضه الامبراطور عليـه من مشروعات القوانين ، صار مع ازدياد نفوذ الامبراطور ملزما باقرارها دون البحث فيها و بمجرد تلاوتها على أعضائه ، مما دعا فقهاء ذلك العصر الى أن يطلقوا على القوانين الصادرة بهـذه الطريقة من المجلس الاسم الذى يتفق على حقيقتها[٤] . ثم انتهى الامبراطور الى اصدار قراراته دون عرضها على مجلس الشيوخ ، واتخـذت هـذه القرارات اسم « الدساتير الامبراطورية » ، وقد حلت محل « مشورات الشيوخ » منذ مبدأ القرن الثالث ، واكتسبت صفة تشريعية لا نزاع فيها [٥] .

« والدسـاتير الامبراطورية » على أربعة أنواع : منشورات ، وتعليمات ،

---

(١) Dyarchie — راجع جيرار ص ٥٠ — ٥١ .

(٢) Senatus Consultes .

(٣) Huvelin ص ٨٤ .

(٤) أي Oratio وهو يفيد معنى الخطبة أو التلاوة — راجع جيرار ص ٦١ .

(٥) جيرار ص ٦١ وهو يعتمد في ذلك على أقوال للفقيه الرومانى جايوس Gaius في كتابه ، واسمها بالفرنسية Constitutions Imperiales .

وأحكام قضائية ، وفتاوى[(١)] .

فالمنشورات بيانات يصدرها الامبراطور ، كما كان يصدرها الحاكم القضائى عند توليه الحكم ، يرسم بها المبادىء العامة التى يأخذ بها مدة حكمه ، وهى فى الغالب لا تسرى الا مدة حياته وتسقط بانتهاء عهده كما كان أمر الحاكم القضائى فى العصر السالف ، ولكن منشور الامبراطور أصبح ابتداء من القرن الثالث مصدرا قانونيا غير محدد الأجل كالقانون العادى ذاته[(٢)] .

والتعليمات ارشادات فردية يبعث بها الامبراطور الى الحكام وعلى الأخص حكام الأقاليم ، وكانت تحتوى على كثير من المبادىء فى القانون الجنائى وفى القانون الخاص ، وهى لا تلزم بالعمل بها الا الحاكم الذى صدرت اليه ، ونظرا لذلك ولصفتها الادارية الغالبة لا يذكرها فقهاء الرومان من بين الدساتير التشريعية[(٣)] .

والأحكام القضائية قرارات تصدر من الامبراطور بالفصل فى القضايا التى تعرض عليه اما بصفة استئنافية واما بصفة ابتدائية ، وهى لا تلزم الا طرفى القضية التى فصل فيها ، ولكنها قد تحتوى على مبادىء قانونية عامة واذ ذاك تكون نافذة على القضاة شأنها شأن المنشورات الامبراطورية .

والفتاوى انما هى آراء فقهية تصدر من مجلس الامبراطور بناء على طلب الأفراد أو القضاة فى بعض المنازعات التى ترفع الى المحاكم ، وهى فى العادة لا تكون نافذة الا فى الحالة التى وردت عنها ، ولكنها كالأحكام القضائية قد تكون فى صيغتها ذات صفة عامة فيصبح الحكم فيها ملزما للناس فى الحالات المشابهة[(٤)] .

---

(١) rescripta و decreta و mandata و edicta .

(٢) هيفلان ص ٨٥ .

(٣) جيرار ص ٦٢ .

(٤) هيفلان — المرجع السابق .

ونرى مماتقدم أن الامبراطور قد استأثر بالوظائف التشريعية والقضائية التى كانت فى أيدى الشيوخ والحكام القضائيين ، وتوحدت بذلك فى شخصه عوامل عدة فى ارتقاء القانون وتعديل أحكامه .

٣ — النشاط الفقهى

أما جهود الفقهاء فقد بلغت فى هذا العهد ذروتها من النشاط وسعة البحث والتهذيب العلمى ، ومن مظاهر ذلك انقسامهم الى مذهبين كبيرين ، مذهب « السابينيين » ومذهب « البروكيليين » ، وقد اتخذ كل منهما اسم زعيمه فى مبدأ الامبراطورية [١]،وان كان الفضل فى تأسيسهما راجعا الى فقيهين سابقين[٢] يرجع الخلاف فى الفقه بينهما الى خلاف فى المبادىء السياسية ، فقد كان مؤسس المذهب الأول مناصرا للنظام الجديد حائزا حظوة الامبراطور ، بينما كان مؤسس المذهب الثانى كارها له وفيا لمبادىء الجمهورية [٣] . ومن أكثر المسائل غموضا وخلافا بين الباحثين تحديد الفوارق الفقهية بين هذين المذهبين ، وقد تعددت فى ذلك الآراء وتناقضت :

---

(١) Sabiniens وزعيمهم Sabinus ثم Proculiens وزعيمهم Proculus .

(٢) كابيتو Capito هو مؤسس المذهب الأول ، ولابيو Labeo مؤسس المذهب الثانى ، ولكن كل مذهب اشتهر باسم زعيمه الثانى .

(٣) يؤثر عن « لابيو » أنه بعد تولى الأمبراطور الأول الحكم اقر مجلس الشيوخ مرة اقتراحا بأن يتناوب أعضاؤه حراسة القيصر أثناء نومه ، فقال « لابيو » عند ذلك متهكما « انى أغط فى نومى فلا أصلح لأن أكون حارسا على باب مضجعه » أنظر Walton ص ٢٨١ . وكان « لابيو » فوق ذلك طالما قديرا واسع الثقافة متشبعا بالفلسفة اليونانية جريئا فى استنباط الاراء مولعا باخضاع القواعد الفردية الى مبدأ جوهرى واحد أو الى نظرية عامة ، وكان لجهوده العلمية تأثير كبير فى القانون بعد عهده ، وقد نقل جستنيان فى « موسوعته » كثيرا من آرائه ومبادئه ، واليه يرجع الفضل فى التفريق بين الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية — راجع Lee ص ٢٦٢ .

يعتقد البعض أن آثار الخلاف بينهما تدل على ان المذهب الأول كان يؤيد قانون الشعوب ومبادىء القانون الطبيعى ، بينا كان المذهب الثانى يحتفظ بولائه لقواعد القانون المدنى[١] ، ولذلك قيل بأن الأول مذهب التجديد والثورة على الشكليات ، وان الثانى مذهب المحافظة على التقاليد والتمسك بحرف القانون[٢] .

و يرى البعض الآخر أن كثيرا من الآثار تدل على عكس ما تقدم ، وعلى ان أنصار المذهب الأول قد تعلقوا بالقديم و بالتقاليد التاريخية ، وان فقهاء المذهب الثانى نزعوا الى الجديد والتحرر من الماضى والى استحداث النظريات العلمية العامة[٣] .

و يقرر فريق ثالث من الباحثين ان اختلاف المذهبين يرجع الى انه كان لكل منهما معهد خاص أو مدرسة خاصة يتولى جماعة من العلماء الدراسة فيها برئاسة زعيم منهم ، فنشأ بينهما من التنافس مثل ما ينشأ فى العصر الحديث بين جامعتين فى بلد واحد ، وليس بين فقهاء المدرستين فوارق عامة فى الآراء الفقهية أو فى وجهات النظر العلمى[٤] .

---

(١) هذا رأى للعالم Korlowa نقله Muirhead فى كتابه Historical Introduction to the private Law of Rome, 1916, p. 288

(٢) Lee ص ٢٦٢ — من ذلك ان المذهب الثانى كان يعارض فى تغيير اجراءات التقاضى وفى جعل القاضى موظفا حكوميا يتولى الفصل فى الدعوى كلها ، بينما كان المذهب الأول يوافق على هذا الاتجاه الذى رمى اليه النظام الامبراطورى — موجز كيك ص ٣٤ .

(٣) Huvelin ص ٩٤ ، وموجز كيك Cuq ص ٣٣ وما بعدها

ومثل ذلك الخلاف بينهما فى التنويع Specification كتحويل عنب الغير الى نبيذ ، يرى المذهب الأول انه يبقى لصاحبه القديم ، ويرى المذهب الثانى أنه أصبح شيئا جديدا فصار ملكا لمن صنعه أو حوله — جيرار ص ٣٣٢ ومبادىء القانون الرومانى للمؤلف ص ١٧١ .

(٤) Walton ص ٢٨٢ ، Muirhead ص ٢٨٨ — وان كان يعترض على هذا الرأى الأخير بأن فى سلسلة زعماء المذهبين شخصيات سياسية لا يظن اشتغالها بالتدريس ، فانه يتفق مع ما يؤخذ من أقوال فقهاء الرومان المتأخرين — راجع جيرار Girard, Droit Romain ص ٦٧ .

وعلى كل حال فان هذا الانقسام الذى حدث بين الفقهاء منذ مبدأ القرن الأول بعد الميلاد قد زالت أغلب مظاهره فى منتصف القرن الثانى ، عند ما ضم الامبراطور هادريان زعيمى الحزبين فى مجلسه الاستشارى ، فخفت حدة الخلاف واتفقت الآراء بينهما ، وكان ذلك من الأسباب التى أفضت فى النهاية الى توحيد القانون المدنى والقانون القضائى من طريق القرارات التشريعية الصادرة من الامبراطور [1] .

وقد ترتب على تقدم الحركة الفقهية ارتقاء فن القانون واتساع نطاق التشريع ووفرة الانتاج العلمى ، فقد كان الفقهاء يعاونون الامبراطور فى أعماله التشريعية ويغذون نشاطه بالرأى والمشورة ، وكانوا يمدون القضاة والأفراد بالفتاوى العلمية فيما يعرض لهم من القضايا ومسائل النزاع ، وكانوا يزودون الفقه ببحوثهم وجدلهم حول النصوص،وبالمبادىء العامة والنظريات العلمية التى صاغوها فى دقة وغزارة لم يصل اليهما العلم القانونى فى أى عصر آخر من عصور الشريعة الرومانية [2] .

أما العوامل التى ساعدت نهضة الفقه وارتفاع شأنه فى ذلك العصر فهى متعددة مختلفة ، أهمها ثلاثة : فالعامل الأول ما ناله الفقهاء من العطف والرعاية لدى الامبراطور ، فقد فتح لهم أبواب المناصب الكبرى فى الدولة حتى أسندت الوظائف شبه الحربية الى البارزين من رجال القانون ، وكذلك احتوى مجلسه

(١) Sherman جزء أول ص ٦٨ .

(٢) وكانت مؤلفاتهم موزعة على عدة أمور ، منها ما تدون فيها مجموعات الفتاوى الفقهية سواء كانت خاصة بقضايا عملية أو بمسائل نظرية ، ومنها تعليقات وشروح على القانون المدنى أو على القانون البريتورى أو على الاثنين معا ، ومنها كتب موجزة للدراسة ، ومنها كتب تبحث فى مواضيع قانونية معينة ، وكثير من هذه المؤلفات العلمية قد عثر على مخطوطات منها فى العصر الحديث — راجع تفصيلات ذلك فى كتاب Huvelin, Cours de Droit Romain ص ٩٦ وما بعدها .

الامبراطورى أعضاء من كبار الفقهاء للاستعانة برأيهم ونصحهم ، وفى ذلك ما فيه من تقدير للعلم وتشجيع لرجاله على البحث والتفوق [١] .

والعامل الثانى انشاء امتياز يسمى « حق الافتاء » [٢] ، يمنحه الامبراطور لمن يختصه به من جهابذة الفقه . ومنح هذا الامتياز لفقيه لا يمنع بقية زملائه من اسداء الفتاوى لمن يطلبها من الأفراد أو القضاة كما كان الأمر من قبل ، ولكنه يلقى على حائزه صفة رسمية ويجعل فتواه ملزمة للقاضى فى الدعوى متى كانت وقائعها مطابقة لما جاء فى الفتوى . والذى وضع هذا الامتياز هو « اوغسطوس » ، لشعوره بقيمة اكتناف ذوى النفوذ من الفقهاء ، وبالخطر فى ازدياد الثقة بآراء الفقهاء الذين ينفرون من نظام حكمه [٣] ، ولذلك فان أول من حظى بهذا الامتياز « سابينوس » زعيم المذهب الذى اكتسب اسمه والذى كان مؤسسه الأول من أنصار العهد الجديد .

٤ — الثقافة اليونانية

والعامل الثالث فى اعلاء شأن الفقه عامل جديد كان له أثر خطير فى توجيه الفقه والقانون ، وهو الفلسفة اليونانية . وقد رأينا فى البحث الأول كيف نشأت

---

(١) Lee ص ٢٦٥ .

(٢) jus respondendi .

(٣) مثل الفقيه « لابيو » صاحب الميول الجمهورية — راجع Walton ص ٢٨٠
وقد كان نظام الافتاء الخاص معمولا به من قديم فى روما يستعين فيه القاضى بآراء الفقهاء ، وقد يبدو هذا غريبا فى العصر الحاضر ، ولكنه كان ضروريا عند الرومان لأن القاضى judex لم يكن من رجال القانون بل فردا عاديا ، واستمر الحال كذلك فى خلال العصر الجمهورى كله وفى عصر الامبراطورية العليا أى الى سنة ٢٨٤ بعد الميلاد ، وهما العصران اللذان كانت الدعوى تنظر فيهما على دورين . وكان الفقيه فى مبدأ الأمر يذهب الى المحكمة ويقدم فتواه فيها كشاهد ، وبعد ذلك كان يرسلها كتابة الى القاضى ، واخيراً كان يبعثها فى خطاب مختوم يفض فى الجلسة ويقرأ — أنظر Walton ص ٢٦٧

فكرة القانون الطبيعى فى اليونان وكيف انتقلت الى الدولة الرومانية ، وان ذيوعها فى هذه الدولة تم على يد « سيسرون » أول من اعتنق فلسفة الزهد وقام بالدعوة اليها ، وانها سادت فى نفوس عدد عظيم من مفكرى الرومان من جميع الطبقات الاجتماعية ، حتى اعتلت العرش فى شخص الامبراطور « مارك أوريل » الذى كان من أكبر أنصارها والمؤمنين بها [١] .

ولا نعرض هنا لما تناوله البحث من قبل من الأركان والأسس التى قامت عليها فلسفة الزهد والقانون الطبيعى [٢] ، وانما نكتفى بالاشارة الى أثرها العام فى الفقه وفى بناء النظريات القانونية والمبادىء العامة التى أنشأها الفقهاء متأثرين بهذه الفلسفة .

وأول مظهر يراه الباحثون للأثر الذى ترتب على فكرة القانون الطبيعى — الثابت فى كل عصر لا فرق بين عدل اليوم وعدل الغد ، والسائد على أفراد كل شعب لا فرق بين وطنى وأجنبى ولا بين حر ورقيق ، والمطابق لشعور العدالة فى النفس — قيام أساس علمى للفقه والبحث القانونى . فلم يعد الفقه مجرد الالمام بالأحكام والحلول المتبعة فى عصر من العصور ، أو معرفة بالتقاليد والقواعد المصطلح عليها بين أفراد شعب من الشعوب . بل امتد الفقه الى تحليل هذه الأحكام والقواعد وارجاعها الى الأصول الجوهرية العامة التى صدرت عنها ، واستخلاص هذه الأصول المتفقة وطبيعة الأمور والسائدة فى كل زمان ومكان ، ثم تعميم مفعولها واخضاع شئون الحياة العملية لحكمها . وبذلك أصبح الفقه علما بأصوله وأساليبه ، وأخذ يؤدى وظيفته الصحيحة ، وهى استنباط الأصول العامة والنظريات

---

(١) أنظر كتاب Lee ص ٢٥٧ .

(٢) راجع ص ٧٦ وما بعدها من البحث الأول .

الأساسية التى تتفرع عنها أحكام القانون فيما يطرأ من الحالات الاجتماعية والروابط الانسانية .

والمظهر الثانى لتأثير فلسفة القانون الطبيعى فى الفقه عند الرومان هو الاقرار بالصلة الوثيقة بين المبادىء الخلقية والقواعد القانونية ، ولقد اتجه الحاكم القضائى من قبل نحو ذلك بأن اعتبر حسن النية ميزانا للتعامل بين الناس فى بعض الحالات ووسيلة للتوفيق بين مصالح الأفراد ، ولكن مذهب الزهد يجعل الخلق أساسا عاما وعنصرا جوهريا فى القانون ، ويجعل الأحكام القانونية مبنية على مبادىء ثابتة من الحق والعدل ، بعد ان كانت قبل ذلك قائمة على الرسوم والتقاليد . غير أنه رغما عن هذا الارتباط بين الخلق والقانون ، فان فقهاء الرومان لم يخلطوا بينهما ولم يحاولوا صوغ جميع التعاليم الخلقية فى قواعد قانونية ، ولذلك فان من بين الفضائل الخلقية الأربع التى تقوم عليها فلسفة الزهد — وهى الشجاعة والاعتدال والحكمة والعدل — لم يتصل القانون منها الا بالفضيلة الأخيرة [(١)] .

ونظرة سريعة الى تعاليم القانون الطبيعى التى انتقلت الى الفقه الرومانى توضح لنا المظهرين المتقدمين لما أحدثته فلسفة اليونان فى فقه الرومان ، و بعض هذه التعاليم ما يأتى :

١ — مبدأ الاعتراف بالحقوق الناشئة من صلة الدم بصرف النظر عن سلطة الأب ، ومعنى ذلك ان القرابة الطبيعة منشئة للحقوق العائلية بين الأقارب ولو لم تربطهم قرابة مدنية مؤسسة على السلطة الأبوية . فالابن الذى حرره أبوه من سلطته فزال حقه فى الميراث قديما قد استقر له هذا الحق فى هذا العصر ، وكذلك عد من الأقارب المتفرعون من النساء كالخال وابن الأخت وابن البنت ودخلوا فى

---

(١) Lee ص ٢٥٨ — ٢٥٩ .

طبقات الوارثين بعد ان كانوا فى القديم غرباء عن الأسرة .

٢ — مبدأ الوفاء بالتعهدات سواء كانت فى صيغة رسمية أو غير رسمية ، فنشأت عقود ملزمة دون أن تكون شكلية ، بل أدى هذا المبدأ الى الاعتراف بما يسمى « الالتزامات الطبيعية » وهى الالتزامات التى لا يمكن المطالبة قانونا بتنفيذها لنقصها ركنا أو شرطا من الشروط اللازمة ، كالالتزام الناشىء من عقود الرقيق وتعهدات القاصر بغير اذن وليه والديون التى سقطت بمضى المدة ، وكلها التزامات غير مدنية لا تؤيدها دعوى قضائية ، ولكنها قائمة فى الضمير يؤيدها القانون الطبيعى ، مما بعث الفقهاء على الاعتراف بوجودها قانونا الى حد ما ، بحيث أن أداءها يعتبر سدادا لدين لا تبرعا باحسان، وأنه يجوزلصاحبها فى بعض الأحيان أن يتمسك بالمقاصة بها ازاء دين مدنى عليه [١] .

٣ — مبدأ التناسب بين الغرم والغنم فى المعاملات ، فلا يجوز أن ينشأ عنها غبن فاحش لأحد الطرفين والا كان له الفسخ أو التعويض فى بعض العقود [٢] ، وكذلك لا يجوز للفرد أن يغتنى بغير حق على حساب غيره ، وهى نظرية خلقية واسعة وضعها الفقه الرومانى فى خلال العصر العلمى ، ورتب عليها عدة آثار فى علاقات الناس [٣] ، وكلها ترجع الى نفوذ الفلسفة اليونانية فى

---

(١) أنظر جيرار — ص ٦٧٦ وص ٦٧٩ وهامش ٤ فى الصحيفة الأخيرة .

(٢) جعل جستنيان للبائع حق الرجوع فى البيع اذا كان الثمن أقل من نصف قيمة ما باعه ، ومن قبل عهده كان للقاصر أن يطلب ابطال أى تصرف حدثله منه غبن lésion. أنظر مبادىء القانون الرومانى للمؤلف — ٩٥ وص ٢٦٣ .

(٣) كالالتزام برد ما دفع خطأ سدادا لدين مزعوم أو لدائن غير الدائن الحقيقى، وحق التعويض عند الوفاء بأمر نظير سبب لم يتوفر أو مقابل عهد لم يتحقق — أنظر جيرار ص ٦٥٠ وما بعدها .

أذهان الفقهاء [١] .

٤ — العبرة فى العقود والتصرفات بنية المتعاقد أو المتصرف ، سواء كانت صياغتها فى عبارات شفوية أو كتابية ، دون التقيد بألفاظ هذه العبارات وحروفها ، وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية ويبنى عليها حكمه . ومن تطبيقات ذلك ابطال العقد الذى يحدث بغش من أحد طرفيه للآخر ، وحق فسخ البيع اذا ظهر بالمبيع عيب خفى ولو لم ينص على هذا الحق فى العقد [٢] .

ومن المتفق عليه أن فلسفة القانون الطبيعى كانت العامل الفعال فى تغليب قانون الشعوب على القانون المدنى ، وفى توحيد النظم القانونية المتبعة فى جميع البلاد والأقاليم الرومانية ، وفى بقاء القانون الرومانى قانونا للعالم الحديث [٣] .

---

(١) أنظر فى ذلك وفى بسط آثار هذه النظرية — موجز كيك ص ٥٣٤ وما بعدها ، وقبل أن توضع فى هذه الصورة العامة لم يكن فى القانون الرومانى من الأحكام المتفقة مع نتائجها الا فى حالات فردية نادرة .

(٢) راجع Walton ص ٣٥٨ ، Sherman جزء أول ص ٦٠ .

(٣) على أن بعض الباحثين فى تاريخ القانون الرومانى ، مع اعترافه بما كان لنظرية القانون الطبيعى من الأثر فى الفقه والقانون عند الرومان وبما لمبادئه العامة الشاملة من القيمة وجزيل النفع ، يبدى عليها ملاحظات انتقادية : أولاها أن القانون الطبيعى ليس مجموعة قواعد محدودة ، ولكنه ترجمة لفكرة العدل المطلق الذى يجب أن يتجسم فى كل قاعدة من القانون الوضعى، اذ القوانين البشرية ماهى الا مقررة لمبادىء العدل الثابتة فى النفوس. غير أنه متى وجدت قاعدة وضعية لحل مسألة من المسائل فقد تعين على القاضى أن ينفذ حكمها ولو بدت مناقضة للقانون الطبيعى ، وقد قال فقهاء الرومان فيما مضى أن «القانون قانون ولو كان قاسيا » dura lex sed lex ، فاذا أحرقنا كتبنا ونصوصنا وعهدنا الى كل قاض بأن يفصل فى القضايا طبقا للقانون الطبيعى فقد وضعنا الهوى فى موضع العدل . والثانية أن من الخطأ البالغ مشاطرة بعض الفلاسفة السابقين والحديثين اعتقادهم بأن الانسان فى « حالة الطبيعة » او الفطرة كان يتبع تعاليم الضمير الطاهر ، وبأن القانون الطبيعى كمثل عليا للعدل كان السائد فى المجتمع القديم . فالأمر معكوس ، والثابت أن الانسان الفطرى كان أبعد ما يكون من القانون الطبيعى ، واذا أردنا أن نعثر على قوانين عادلة حكيمة فلا محل للبحث=

وقد بلغ القانون الرومانى مرحلته الأخيرة فى تطوره العلمى بانتهاء هذا العصر أو بعده بقليل ، واقتصرت جهود العصور التالية فى أغلبها على تقسيمه وتنسيقه وصوغه فى نصوص محدودة ومجموعات رسمية وغير رسمية .

— ٣ —

عهد الامبراطورية السفلى [1]

من سنة ٢٨٤ ب م .

١ — وصف عام

يبدأ هذا العهد بجلوس « ديوقليسيان » على العرش ، ويمتاز بثلاثة حوادث سياسية تمت على يديه ويدى خلفه « قسطنطين » ، وهى تحول نظام الحكم من نظام استبدادى مستتر بالمظاهر الجمهورية الى حكم مطلق صريح ، وانقسام الامبراطورية الى دولة غربية ودولة شرقية لكل منهما امبراطور خاص ، وانتشار الديانة المسيحية حتى صارت دينا عاما رسميا للامبراطورية . وطبيعى أن يكون لهذه التطورات السياسية تأثير فى حالة النظم القانونية والنشاط الفقهى :

أما من الوجهة التشريعية ، فقد تحول مجلس الشيوخ الى مجلس بلدى للمدينة سواء فى روما أو فى القسطنطينية ، وأصبح القناصل معينين بقرار

= عنها فى الجماعات المتوحشة ، كما أن الانسان المتمدين القديم كان مولعا بالاشكال والرسوم والتقاليد مستعبدا للصيغة دون الروح ، ولم تكن البساطة فى الحياة من صفاته بل هى من صفات القانون الحديث ، وليس أدل على ذلك من تاريخ القانون الرومانى وتطوره .

راجع فى هذه الملاحظات Walton ص ٣٥٩ والمراجع التى فى هامش ص ٣٦٠ .

(١) Bas Empire ويطلق عليه الكتاب الانجليز والامريكيون اسم الامبراطورية المسيحية the Christian Empire لارتفاع شأن الدين المسيحى فى خلاله ، وهذا العصر القانونى ينتهى بانتهاء حكم جستنيان فى عام ٥٦٥ — راجع جيرار ص ٧١ .

الامبراطور وخاضعين لأوامره ، واستمر باقى الحكام كموظفين للبلدية ، وبذلك صار الامبراطور المصدر الوحيد للتشريع . وكان تشريع كل دولة ساريا على الدول الأخرى [١] .

وقد تخلل هذا العهد من آن لآخر جهود بذلها بعض الفقهاء وبعض القياصرة فى تجميع الدساتير الامبراطورية والمبادىء الفقهية ، مما انتهى به القانون الرومانى الى صورة تميزه عن العهود السالفة .

وكان للنظام القضائى نصيب فى هذا الانقلاب ، فقد توحدت السلطة القضائية فى أيدى قاض موظف تعرض عليه الدعوى فيفصل فيها من وجهتى القانون والوقائع دون الأحالة على حكم ، وترتب على ذلك الغاء نظام البرنامج الكتابى [٢] ، ثم وضع نظام لتنفيذ الأحكام بمعونة رجال الحكومة كما فى العصر الحديث .

أما الفقه القانونى فقد أخذ فى الضعف والاضمحلال منذ قسطنطين ، بسبب تدخل التشريع الامبراطورى فى معظم الأمور . وما زال الاستشهاد بآراء الفقهاء معمولا به أمام المحاكم ، حتى صدر فى سنة ٤٢٦ قانون [٣] قصر الاستشهاد على أراء فريق معين من الفقهاء الأموات والأحياء ، بحيث يحكم القاضى طبقا لرأى الأغلبية منهم ، فلم يبق مجال للبحث العلمى بعد ذلك .

---

(١) وكانت القرارات التشريعية تصدر باسم القيصرين ولو كانت من عمل أحدهما دون الآخر ، غير أن القرار الذى يصدره أحدهما لا يسري على الدولة الأخرى الا بعد نشره فيها — راجع موجز كيك Cuq ص ٣٢ .

(٢) وأصبح هذا النظام فى القضاء معروفا باسم النظام الادارى procédure administrative لأن القاضى فيه موظف معين من السلطة الادارية ، ولم يكن منتخبا ولا مختارا من الأفراد كما كان النظام القانونى فى العهود السابقة .

(٣) Loi des citations صدرت من الأمبراطورين تيوذور الثانى وفالنتنيان الثالث — جيرار ص ٧٦ .

و بالرغم من تأخر الحـالة العلمية فقد عملت قوتان على اصـلاح القوانين وتهذيبها ، وهما مذهب القـانون الطبيعى الذى تقدم بيانه وكان أثره واضحا فى العهد الأول من الامبراطورية ، والدين المسيحى الذى سيأتى الكلام عنه وكان أثره واضحا فى العهد الأخير منها .

٢ — الديانة المسيحية

بدأ انتشارها فى الدولة الرومانية ببدء القرن الرابع بعد الميـلاد ، وكانت قبل ذلك موضع المقـاومة والاضطهاد من الامبراطرة ، ثم اعتنقها الامبراطور قسطنطين وأصبحت ديانة الأغلبية مع احترام حرية الأديان الأخرى ، حتى قرر تيودوز الأكبر فى نهاية القرن الرابع اعتبارها دين الدولة الرسمى وحرم الديانة الوثنية .

اختلف الباحثون فى مقدار الأثر الذى أحدثته المسيحية فى تطور القـانون الرومانى ، منهم من يرى اتساع نطـاقه ومنهم من يبالغ فى ضآلته ، ويرى فريق معتدل أن المسيحية بصفتها ديانة أخلاق ورفق أتمت ما بدأت به الفلسفة اليونانية ، واكملت البناء الذى وضع مذهب الزهد أسسه وقواعده ، فأيدت مبادئه وساعدت على تحقيقها ، ولذلك فان ضياع السلطة الأبوية التى كانت تهـدم شخصـية الابن ، وزوال السيادة الزوجية التى كانت تنكر حقوق الزوجة ، وجعل الميراث مبنيا على صلة الدم سواء كان الولد شرعيا أو طبيعيا أو محررا من والده ، لم تكن كلها بفعل المسيحية وحدها بل بدأت بها الثقافة اليونانية التى تقرر لكل فرد قيمته الأدبية فى الحياة و بالتالى تعترف له بشخصيته وحقوقه ، وجاءت المسيحية فأضافت اليها قوة جديدة (١) .

---

(١) أنظر تفصيل هذا الخلاف بين المؤرخين فى كتاب Sherman جزء أول — ص١٢٧.

غير أنه — عدا هذا التأثير الذى حدث منها فى القانون الرومانى بصورة تبعية — كان للديانة المسيحية فى التشريع الامبراطورى لهذا العهد تأثير مباشر، بحيث لا ترجع نتائجه الا الى تغلب الروح الدينى على نفوس القياصرة، فانشأوا من ناحية قواعد ونظما جديدة تتفق وتعاليم الدين الجديد، وألغوا من ناحية أخرى قواعد ونظما قديمة تخالف هذه التعاليم .

فمن المبادىء التى استحدثت موانع قانونية جديدة للزواج كتحريمه بين المسيحيين واليهود وبين الفتاة ووكيلها الذى تولى تعميدها لاعتباره أبا روحيا، ونظام منح البنوة الشرعية رفقا بالولد الطبيعى الناتج من المعاشرة بين رجل وامرأة غير متزوجين، ومنح حق التبنى للمرأة «تسلية لها عمن فقدته من الاولاد»[1]، ووضع عقوبات قاسية لزنا الزوجة وللالحاد، وجعل الانتحار جريمة بعد ان كان قبل ذلك حقا طبيعيا[2]، وترتيب المحاكم الكنسية منذ عهد قسطنطين قضاتها من رجال الدين للفصل — عدا المسائل الدينية — فى المنازعات المدنية التى ترفع اليها برضى الخصمين، وقد زاد فى اختصاصها هذا جهل القضاة المدنيين وفداحة الرسوم القضائية فى المحاكم المدنية[3]، وكان من أثر ذلك نشوء قانون جديد الى جانب القانون الرومانى، وهو القانون الكنسى الذى أصبح له نفوذ خطير بعد ذلك فى أوروبا خلال القرون الوسطى .

ومن النظم التى ألغيت حق الميراث والنفقة الذى كان لابن الزنا بزوج الغير

---

(١) Sherman جزء أول ص ١٣١ — ١٣٣، موجز Cuq ص ١٦٣ .

(٢) Sherman ص ١٣٣ .

(٣) أنظر Muirhead ص ٣٤٦ — وقيل بأن تشريعا مشكوكا فى ثبوته جعل بعد ذلك لكل مدع رفع دعواه أمام المحكمة الكنسية على رغم ارادة خصمه . وعلى كل حال فان الحكم الصادر من المحكمة الكنسية مثل قرار التحكيم ان لم ينفذه المحكوم عليه برضاه وجب تدخل القاضى المدنى لامكان تنفيذه عليه — المرجع السابق ص ٣٤٧ .

أو بمحرم على أمه قبل الديانة المسيحية ، لأنه ثمرة علاقة غير شريفة يكرهها الدين الجديد [١] ، وقوانين اسقاط الوصية التى سنها أوغسطوس فى أوائل الامبراطورية بموافقة مجلس الشعب لمحاربة العزوبة والاعراض عن النسل والميل الى الفساد ، والتى كانت تقضى بأن الرجل بين الخامسة والعشرين وبين الستين من عمره ، أو المرأة بين العشرين والخمسين من عمرها ، اذا كان أحدهما عازبا حرم من نصيبه فى وصية من غير الأقربين (الى الدرجة السادسة) ، الا اذا أثبت عذرا مانعا له من الزواج ، واذا كان متزوجا ولم يكن له ولد [٢] حرم من نصف نصيبه ، وبأن الانصباء الساقطة تذهب الى بقية الورثة أو الموصى عليهم الذين لهم أزواج وأولاد ، وان لم يوجد أحد منهم ذهبت الى الدولة [٣] . فلما جاءت المسيحية وفيها نظام الرهبنة الذى يعتبر العزوبة فضيلة من الفضائل وسبيلا من سبل الحياة الطاهرة والسعادة الدينية ، أصبحت تلك الأجزية منافية لروح الدين الجديد فقرر قسطنطين الغاءها فى عام ٣٢٠ بعد الميلاد .

ولم يكن للديانة المسيحية الا أثر ضعيف فى نظامى الرق والطلاق رغما من انها تعتبر الزواج رابطة أبدية بين الزوجين ، فلم تبطل الرق ولو أنها توسعت فى طرق العتق وأسبابه وفى تحريم القسوة على الرقيق . أما الطلاق فقد كان حقا طليقا لكل من الزوجين يستعمله متى شاء مستقلا عن تدخل القضاء [٤] ، وبقى

---

(١) جيرار ص ١٩٤ .

(٢) وقد حدد القانون عدد الولد المانع من سقوط نصف نصيب المتزوج ، فيجب ان يكون للرجل ولد واحد على الأقل وللمرأة ثلاثة على الأقل ان كانت حرة أصيلة وأربعة ان كانت حرة بالعتق — Walton ص ٢٧١ .

(٣) وقد سميت هذه القوانين عادة بالقوانين المسقطة Lex caducaria ، ولكن التشريع الذى صدر بها معروف باسم Lex papia poppaea وكان صدوره فى العام التاسع بعد الميلاد — أنظر المرجع السابق ص ٢٧٠ .

(٤) حتى قال بعض الأساقفة فى ذلك العصر « ان الناس يبدلون أزواجهم كما يبدلون ملابسهم » ، وقال آخر انه رأى فى روما رجلا يعيش مع زوجته الحادية والعشرين بينما كانت هى قد مرت على اثنين وعشرين زوجا من قبله — انظر Muirhead ص ٣٤٦ .

كذلك فى العهد المسيحى ، الا ان العاطفة الدينية بعثت بعض القياصرة على تقييد استعماله بتحديد الأسباب التى تبرر التطليق ، وهى الزنا وسوء السير والاعتداء [١] ، وبتقرير عقوبات مالية وشخصية على من يطلق زوجه لغير هذه الأسباب وعلى من كان سلوكه سببا مبررا لطلاقه . وقد اختلفت هذه العقوبات وتغيرت باختلاف القياصرة ، منها حرمانه من الدوطة وهبات الزوجية أو من ربع ثروته ، ومنها ما قرره قسطنطين من نفى المرأة وتحريم الزواج ثانية على الرجل [٢] ، أما الطلاق فى ذاته فانه يحدث أثره فى الفرقة بين الزوجين رغما عن انعدام سبب شرعى وعن تنفيذ العقوبة المترتبة عليه . وكذلك الطلاق الواقع باتفاق الزوجين لا قيد فيه . وان يكن جستنيان قد بالغ فى منع حدوثه بغير سبب شرعى فقرر بأنه لا يكون صحيحا الا اذا سلك كل منهما الرهبنة فى الدير ، فان هذا القيد قد ألغى فى بدء حكم خلفه لشدته ولمخالفته للشعور العام [٣] .

٣ — عهد جستنيان [٤]

منذ العهد الذى جمعت فيه التقاليد القانونية فى الألواح الاثنى عشر ، وفى خلال العصور التى مرت بعد ذلك ، كان القانون الرومانى فى تطور مستمر ، فتكاثرت المبادىء التى وضعها الحكام القضائيون ، وصدرت القوانين الجديدة

---

(١) ويحتوى قول أحد الفقهاء فى موسوعات جستنيان على الجنون المتقطع folie furiense ضمن الأسباب المبررة للطلاق . ولكن هذه الفقرة محرفة interpolé ومنسوبة كذبا الى ما قبل عهد جستنيان — موجز كيك ص ١٧٣ هامش ٦ .

(٢) موجز كيك ص ١٧٣ .

(٣) موجز كيك ص ١٧٣ هامش ٨ .

(٤) ٥٢٧ — ٥٦٥ م .

من الهيئات التشريعية ، وتضاعفت الأوامر والدساتير الامبراطورية ، وبعضها متضارب وبعضها قد بطل العمل به ، ووضعت المؤلفات العلمية من آراء الفقهاء وأبحاثهم .

أمام هذه الكثرة فى المبادىء القانونية وهذا التنوع فى مصادر التشريع ، اشتدت الحاجة الى جمع القواعد القانونية وتنظيمها ، حتى يسهل على رجال القانون من قضاة ومحامين ومشرعين الوقوف عليها والاستشهاد بها ، وحتى تنتهى حالة الاضطراب والغموض التى كانت سائدة فى العصر الامبراطورى .

لذلك بذلت بعض الجهود من زمن الى آخر لجمع القوانين ، من الجهات الرسمية احيانا ومن الأفراد احيانا . حاول يوليوس قيصر أن يقوم بهذا العمل ولكنه قتل قبل أن يحقق رغبته ، وجمع العالم « جريجوار »[١] فى سنة ٢٩٦ ب.م الدساتير الامبراطورية الصادرة منذ عهد هادريان ، وجمع الفقيه « هرموجين »[٢] فى سنة ٣٦٥ الدساتير الامبراطورية التى صدرت منذ سنة ٢٩٥ الى عهده فأتم بذلك عمل سابقه ، وكانت كل من المجموعتين تسمى باسم واحد[٣] . وفى سنة ٤٣٨ صدرت مجموعة رسمية من الامبراطور تيودوز الثانى فى الشرق وفالنتنيان الثالث فى الغرب ، شاملة للأوامر الامبراطورية منذ عهد قسطنطين ، وهى تعرف باسم « مجموعة تيودوز »[٤] ومرتبة فى ستة عشر كتابا وكل منها مقسم الى أبواب .

والى ان جاء جستنيان صدرت قوانين جديدة بعد تدوين المجموعات الثلاث السابقة ، بحيث احتاج الأمر الى جمعها من جديد ، وكذلك أصبح من

---

(١) Gregorianus .

(٢) Hermogenianus .

(٣) Codex أى دفتر او كراسة ، ومنها كلمة Code الحديثة .

(٤) Code Théodosien .

الضرورى ترتيب آراء الفقهاء ومؤلفاتهم ووضعها فى قالب موجز ذى صبغة رسمية للعمل بها فى المحاكم . فشكل جستنيان لجنة فى سنة ٥٢٨ لجمع النصوص القانونية ، وانتهى فى سنة واحدة من وضع المجموعات الثلاث السابقة فى مجموعة واحدة سميت بالاسم السابق، بعد تنقيحها وازالة التكرار منها وحذف النصوص التى بطل العمل بها ، وهى فى اثنى عشرة كتابا . وفى سنة ٥٣٠ نظم لجنة أخرى لجمع الآراء الفقهية وابحـاث العلماء فى ايجـاز وترتيب ، وقد تم ذلك بعـد سنتين فى مجموعة أسمها «الموسوعة»(١) وهى فى خمسين كتابا . وفى سنة ٥٣٣ وضعت مجموعة علمية أخرى أسمها النظم القانونيـة (٢) وهى موجز لآراء الفقهاء فى أربعة كتب والغرض منها تسهيل الاطلاع والدراسة . وفيما عدا هذه المجموعات الرسمية الثلاث التى وضعت فى عهد جستنيان صدرت منـه فى مدة حكمه كثير من القوانين والقرارات الامبراطورية وقد جمعت فى عهده أيضا فى مجموعة رابعة غير رسمية أطلق عليها اسم القوانين الجديدة(٣) . هذه المدونات الأربع تسمى كلها مجمع القانون المدنى(٤) ، وهى الخطوة النهائية التى وصل اليها تطور القانون الرومانى ، وتعتبر مفخرة لجستنيان وللدولة الرومانيـة ، وميراثا للعالم الأوروبى الذى اعتنق مبادئها واتخـذ أسلوبها .

لم يكن عمله قاصرا على جمع القوانين والمبادىء الفقهية السابقة على عهـده ، وانما أحدث كثيرا من التعديلات فى هذه القوانين والمبادىء ، اما بطريق اصدار

---

(١) Digesta و Digeste .

(٢) Institutiones و Institutions .

(٣) Novellae .

(٤) Corpus juris Civilis راجع فى تجميع جستنيان كتاب جيراو فى القانون الرومانى ص ٨٢ وما بعدها .

أوامر امبراطورية صريحة ، أو بالتغيير فى آراء الفقهاء وأوامر الامبراطرة السابقين مع نسبتها كذبا اليهم ، وهذا ما سماه الباحثون بطريقة تحريف النصوص [١] .

وأهم الاصلاحات التى أحدثها جستنيان فى نظم الأسرة هى هدم السلطة الأبوية مع بقائها اسما ، وذلك بالغاء حق الأب فى قتل ابنه أو بيعه أو تسليمه فى الجرائم ، وبالتوسع فى شخصية الابن وأمواله الخاصة ، وضياع آثار السيادة الزوجية بابطال طريقتى الزواج الدينية والمدنية بحيث لا زواج الا بغير سيادة . وفى نظم الأموال توحيد أنواع الأشياء نفيسة وغير نفيسة وأنواع الأراضى وأنواع الملكية ، وجعل التسليم الطريق الوحيد لنقل الملكية الاختيارى ، وتعديل نظام التملك بمضى المدة ونظام الحكر بحسب ما هو وارد فى دراسة القانون الرومانى . وفى نظم المواريث الغاء حق الأب فى حرمان ابنه من ميراثه الا لأسباب قاطعة تبرر ذلك ، وجعل القرابة الدموية الأساس الوحيد للميراث لا فرق فيه بين الرجال والنساء ، و بحيث يكون كل من الولد الشرعى وولد المعاشرة والولد المحرر من سلطة أبيه والولد الذى تبناه غير أبيه والبنت المتزوجة فى أسرة أخرى نصيب فى ميراث الوالد عند موته [٢] .

---

(١) Interpolations وللباحثين وسائل عدة فى معرفة النصوص والآراء المحرفة أو المكذوبة ، من ذلك ان رأى الفقيه قد يكون مدونا فى مكانين من مجموعات جستنيان فان كان فى الصيغتين خلاف عرف أن أحداهما محرفة ، ومن ذلك اكتشاف اصطلاح فقهى لا وجود له فى العهد الذى نسبت اليه القاعدة ، ومن ذلك الاسلوب اللغوى والاجرومية بالنسبة للعصر الذى يعزى اليه النص — راجع موجز كيك Cuq ص ٧٦ .

(٢) Lee ص ٣٠٧ وما بعدها .

الفصل الثالث

انتشار القانون الرومانى

١ — التقلبات التشريعية بعد جستنيان ، ٢ — طرق انتشار القانون الرومانى ، ٣ — سلطان القانون الرومانى فى العصر الحديث .

كانت مجموعات جستنيان عند صدورها سارية على الدولة الشرقية ، وكانت الدولة الغربية قد سقطت منذ نصف قرن فى أيدى القبائل الجرمانية ، وساد فيها خليط من القانون الرومانى والتيتونى . فلما استعادها جستنيان منهم فى سنة ٥٥٤ صار قانونه سائدا فى ايطاليا حتى فتحها « اللومبارديون » فى خلال القرن الثامن فضعف نفوذه ، واستمر القانون التيتونى فى فرنسا والمانيا حتى اضمحل أمام البعث الفقهى من بولونيا فى القرن الثانى عشر . وعند سقوط الدولة الشرقية فى يد الأتراك فى القرن الخامس عشر بدأ البعث فى غرب أوروبا بما شمله من فن وأدب وقانون[١] .

ومن الواجب قبل دراسة مصير القانون الرومانى فى العالم الحديث أن نستعرض ما أصاب مجموعات جستنيان ولحقها من الحوادث والتقلبات فى عهد الدولة الشرقية ، منذ وضعها الى سقوط القسطنطينية .

— ١ —

تقلبات قانون جستنيان

١ — كان لوضع قوانين جستنيان تأثير فى الحالة الفقهية فى القرون الأربعة التالية لجمعها ، فقد ضعف البحث العلمى وفتر نشاط الفقهاء ، وذلك لأن جستنيان

(١) أنظر Lee ص ٣٢٢ ، و Sherman ص ١٧٢ .

كان ممتزا بمجمعه لخرم الشرح أو التعليق على نصوصه . وزادت هـذه الحالة باصطدام الرومان مع العرب فى سوريا ومصر اللتين استولى عليهما العرب منهم فى القرن السابع بعد الميلاد ، وباشتغال الرومان فى صد هجماتهم على القسطنطينية، وبأغلاق مدرسة الحقوق فيها بسبب هذا الاضطراب لمدة مائة وخمسين سنة ، فأهمل الفقه والبحث[١] .

٢ — وفى القرنين الثامن والتاسع ظهر نشاط تشريعى كان له تأثير كبير على مجموعات جستنيان ، فقـد قام الامبراطور « ليو » الثالث ، وكان مصلحا متدينا ، باصدار مجموعة من القوانين جديدة أسماها « مختار القوانين[٢] » عدل بها كثيرا من مبادىء جستنيان . اذ جعل الزواج مسيحيا غير قابل للحل لخرم الطلاق ، وألغى نظام المعاشرة وما يترتب عليها من الحقوق وحرمها كعلاقة غير شرعية ، واستبدل بعقوبة الاعدام فى بعض الجنايات عقوبات جديدة كقطع اليد أو أعضاء أخرى[٣] .

ثم جاء من بعده الامبراطور « باسل » وأولاده فى القرن التاسع فأصدروا تشريعا عادوا به الى مبادىء جستنيان ، وصدرت مجموعة من القوانين باسمه[٤] ، وهى موجز لمجموعات جستنيان وعلى نظمه وقواعـده ، وهى تمثل ما يعبر عنه بالقانون الرومانى اللاحق لجستنيان .

٣ — ويلاحظ بعد هـذا العهد بعض النشاط الفقهى الى سقوط الدولة الشرقية ، فقد تجدد البحث ونشرت المؤلفات القانونية ، أهمها مقارنات علمية بين

---

(١) شيرمان — جزء أول — ص ١٥٤ وما بعدها .

(٢) Ecloga legum .

(٣) شيرمان — المرجع السابق — ص ١٦١ .

(٤) Basilica أو Post-Justinian Law أنظر المرجع السابق — وكذلك Muirhead ص ٣٨٩ .

قانون جستنيان وقانون باسل ، وظهر بعض كبار الفقهاء فى هذا العصر .

— ٢ —

طرق انتشار القانون الرومانى

كان للقانون الرومانى الأثر الأكبر فى تكوين الشرائع الحديثة فى أوروبا وفى كثير من بلاد القارات الاخرى امريكا وآسيا وافريقا ، ولذلك يسمى القانون الاوروبى اليوم بالقانون الرومانى الحديث .

ويرجع انتشاره فى العالم الحديث الى عدة أسباب : منها سمو مبادئه من الوجهة الاخلاقية ومتانتها من الوجهة العلمية ، وهذا يفسر انتشاره فى بلاد لم تخضع لسلطان الرومان . ومنها وضعه فى مجموعات منظمة ، وقد استمال هذا الاسلوب معظم الدول الحديثة ، فاتخذته أساسا للتشريع فى العصور الحديثة . ومنها السلطان السياسى الذى كان للدولة الرومانية والذى جعل قانونها سائدا فى ولاياتها وأجزائها بحيث أصبح قانونا أصيلا لها حين صارت دولا قائمة بذاتها فى العصور الحديثة ، وحتى انتقلت بفضل نفوذها السياسى كذلك الى مستعمراتها .

وقد سار القانون الرومانى منذ جستنيان فى اتجاهين ، أوروبا الشرقية وأوروبا الغربية ، فمن الاتجاه الاول وصل القانون اللاحق لجستنيان الى اليونان ودول البلقان والروسيا ، ومن الاتجاه الثانى وعلى الاخص من ايطاليا انتقل قانون جستنيان الى دول أوروبا الغربية ، والى مستعمراتها فى امريكا وافريقا وآسيا . ثم اندمج التياران وتوحدا فى القرن التاسع عشر ، بفضل قانون نابليون المأخوذ عن قانون جستنيان ، وتغلب التيار الغربى وسرى فى أوروبا الشرقية وفى بعض دول الشرق كمصر .

وعلى هذه الصورة لم تنقطع صلة القانون الرومانى بالعصور الحديثة ، رغما

من سقوط الدولة الرومانية الغربية فى أيدى الشعوب الجرمانية فى القرن الخامس ، ومن سقوط الدولة الشرقية فى أيدى العثمانيين فى القرن الخامس عشر ، بل أصبح قانونا عالميا فى العصر الحالى كما كان قانونا عالميا فى عصر الامبراطورية الرومانية . وقد استمرت هذه الصلة خلال العصور الوسطى والعصور الحديثة من طريقين ، الطريق الدراسى والطريق التشريعى .

الطريق الاول

أما الطريق الاول فقد مهدته نهضات علمية كانت تنبعث من وقت الى آخر فى أوروبا ، وتتعهد مجاميع جستنيان بالبحث والدراسة ، وتغذى بمبادئه فقهاء الأمم الأوروبية وقضاتها . فالنهضة الأولى بدأت من جامعة « بولونيا » الايطالية فى أواخر القرن الحادى عشر الى القرن السادس عشر ، وقد عنى علماؤها فى خلال هذه الفترة بشرح النصوص القانونية الرومانية وتأويلها وتخريج ما يرونه من النظريات المترتبة عليها ، وامتدت هذه الحركة العلمية الى البلاد الأخرى فرنسا والنمسا وانجلترا ، وكان لجهودها كثير من التأثير فى محاكم القرون الوسطى [(١)] .

والنهضة الثانية تمثل البحث العلمى الذى حدث فى أوروبا الغربية على أثر سقوط القسطنطينية فى أيدى العثمانيين ، فقد نشطت فيها دراسة القانون الرومانى وتجددت أساليبها واتسع ميدانها وعلى الأخص فى ايطاليا وفرنسا وهولاندا ،

---

(١) وكان يطلق على الفريق المتقدم من علماء هذه النهضة اسم الشراح glossateurs ، لتعليقهم بالهوامش على نصوص القانون الرومانى ، وزعيمهم ارنيريوس Irnerius — ثم جاء بعدهم طبقة أخرى من العلماء بزعامة « بارتول » أطلق عليهم اسم « الشراح اللاحقين » post-glossateurs أو البرتوليين Bartolistes اقتفوا أثر سابقيهم ، غير أن النص القانونى كان يهمل ثم يؤخذ الشرح بالعناية والاحترام ولو كان مخالفا فى حكمه لمعنى النص ، ولذلك وصلوا الى تكوين مبادىء ونظريات جديدة لا صلة لها بالقانون الرومانى وبزعم أنها تفسير لنصوصه — راجع فى ذلك جيرار ص ٩٢ .

واشتهر فى خلال هذه النهضة التى استمرت الى القرن الثامن عشر كثير من العلماء الذين اقتسموا الفضل فى احياء القانون الرومانى ومبادئه الصحيحة وكان لأبحاثهم أثر خطير فى التشريع الحديث (١) .

والنهضة الثالثة هى تلك الحركة العلمية العميقة الأثر، التى حدثت فى القرن التاسع عشر وفى بلد لم يكن لها نصيب وافر من النهضات المتقدمة، والتى قامت على أيدى علماء المانيا وعلى أساس من الابحاث الأثرية والتاريخية . وهذه الدراسة الجديدة أبرزت علم القانون الرومانى فى ثوب جديد، وكشفت عن روح القانون وفلسفته، وأثبتت ان القانون فى شعب من الشعوب ليس أمرا عرضيا ولا تعسفيا وانما هو ثمرة تاريخه وتطوره (٢) .

الطريق الثانى

لم تكن دراسة القانون الرومانى فى النهضات المتقدم وصفها مقصورة على البحوث النظرية والمؤلفات العلمية، بل اتصلت آثارها بالحياة العملية ودخل نفوذها المحاكم بين رجال القانون من محامين وقضاة ممن اشتركوا فى دراسته وتشبعت أذهانهم بمبادئه، فكانوا يستمدون منها أدلتهم فى الدفاع وأحكامهم فى القضاء . وظهر ذلك واضحا فى البلاد التى كانت خاضعة للنظام الاقطاعى وللتقاليد الجرمانية والتى لم يكن لها صلة قريبة بالقانون الرومانى مثل البلاد الانجليزية والنمسوية والالمانية والقسم الشمالى من البلاد الفرنسية .

ثم انتقل هذا الاتصال الى صورة أكثر وضوحا وأبعد أثرا فى مبدأ القرن

---

(١) منهم Cujas ، Pothier ، Domat ، فى فرنسا . ثم Jean Voet ، Grotius وغيرهما فى هولاندا — راجع جيرار — ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) ولذلك سميت هذه النهضة « بالمدرسة التاريخية » Ecole Historique ، واشهر علمائها « سافينى » Savigny « واهرنج » Ihering — راجع جيرار ص ٩٥ ومابعدها .

التاسع عشر عقب الثورة الفرنسية ، فقد وضع قانون نابليون مبنيا على قانون جستنيان ، وبوضعه اتسعت حركة التشريع فى الدول الاوروبية وغيرها اقتداء بالدولة الفرنسية . و يتبين ذلك من التفصيل التالى .

— ٣ —

سلطان القانون الرومانى فى العصر الحديث

١ — دول اوروبا الغربية

ايطاليا — كان لها الفضل فى احياء التجارة الاوروبية وفى نشر المدنية الرومانية وعلى الاخص الفقه الرومانى(١) . وقد خضعت لقانون جستنيان من القرن السادس حتى تولى شارلمان فى القرن التاسع عرش روما وأعاد مجد الامبراطورية الغربية ، و بعد وفاته دخلت فى ظلمات القرون الوسطى والنظام الاقطاعى ، ولكن نفوذ الكنيسة فيها أيد بقاء مبادىء « الموسوعة » فى البلاد الايطالية رغم ذلك . وفى القرن الحادى عشر بدأ احياء دراسة القانون الرومانى — كما سبق القول — فى جامعة بولونيا ، التى قيل بأنها أسست فى سنة ٤٣٣ ب م ، وقد نشأ عن هذا البعث الفقهى انتشار دراسة القانون الرومانى وتأسيس مدارس فى جهات أخرى كجامعة اكسفورد بانجلترا وجامعة مونبليير بفرنسا ، واستمرت هذه النهضة الايطالية الى القرن السادس عشر . وكانت ايطاليا على عدة حكومات مستقلة ولكل منها قانون مختلف ، حتى ضمت الى الامبراطورية الفرنسية فى عهد نابليون وسادت قوانينه فيها ، ثم زال أثرها بسقوطه سنة ١٨١٥ . و بعد ان تم استقلال

---

(١) راجع فى تفصيل حالة هذه البلاد المختلفة وطرق انتشار القانون الرومانى فيها Lee, Historical jurisprudence p. p. 399-444 وكذلك Sherman — الجزء الأول — ص ١٧٥ الى ص ٣٤٤ .

ايطاليا ووحدتها فى القرن التاسع عشر وضعت فى سنة ١٨٦٦ قوانين جديدة فى المسائل المدنية والتجارية والجنائية وفى المرافعات على نسق قوانين نابليون .

فرنسا — ان جزءا كبيرا من العالم الحديث مدين لفرنسا من الوجهة القانونية فقد كان لها وأخذ عنها من القانون الرومانى نصيب أوفر من نصيب أية دولة أخرى . وكانت القوانين السائدة فيها الى القرن الثالث عشر خليطا من التقاليد التيتونية والقانون الرومانى السابق على عهد جستنيان ، ثم فتحها قانون جستنيان من طريق الدراسة البولونية فأصبحت فرنسا على قسمين [1] من الوجهة القانونية ، القسم الجنوبى يسود فيه القانون الرومانى ، والقسم الشمالى تسود فيه التقاليد السابقة التى تسربت اليها مبادىء القانون الرومانى بتأثير دراسة بولونيا . وفى القرن السادس عشر أصبحت اللغة الفرنسية لغة القانون بدلا من اللاتينية ، واستمر الحال كذلك حتى الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر . ولما عين نابليون قنصلا فى مبدأ القرن التاسع عشر شكل لجنة من العلماء لجمع القوانين وعرضها على مجلس الدولة ، وفى سنة ١٨٠٠ صدر القانون المدنى الفرنسى الذى اتخذ بعد ذلك اسمه [2] . وهو مأخوذ من مبادىء قانون جستنيان مع قليل من التقاليد الفرنسية ، فهو اداة الاتصال بين القانون الرومانى والقانون الحديث . وقد صدرت فى عهد نابليون بعد ذلك قوانين فى المواد الأخرى وهى التجارية والجنائية والمرافعات وتحقيق الجنايات . وقد صار لمجموعات نابليون بعد

---

(١) بلاد القانون المكتوب Pays du droit écrit ، وبلاد التقاليد Pays des coutumes .

(٢) Code Napoléon وقد ترأس بنفسه مجلس الدولة ٥٧ جلسة من ٢٠٠ لمناقشة مبادىء هذا القانون . واثر عنه قوله فى أواخر حياته « ان فخارى لم يكن فى كسب النصر فى أربعين موقعة ، بل فى قانونى المدنى الذى يعيش أبدا ولن يمحوه شىء » أنظر شيرمان — جزء أول — ص ٢٤٥ .

وضعها تأثير عالمي وعلى الأخص قانونه المدنى ، فقد استعارتها دول أوروبية كثيرة ، وتأثرت بها فى تشريعها دول أخرى . فمن الدول التى نقلت عنها بمقادير تختلف باختلاف كل دولة بلجيكا وهولاندا واسبانيا والبرتغال وايطاليا ومالطه ودول البلقان ، ومن الدول التى تأثرت فى تشريعها بمبادىء قوانين نابليون ونظمها الدانمارك والسويد والنرويج والروسيا والنمسا والمجر . وقد وصل أثرها عدا ذلك الى المستعمرات الفرنسية ، والى جهات أخرى فى آسيا وأفريقيا وأمريكا ، كاليابان ومصر وجزائر سيشل وولاية كويبك بكندا ولويزيانا بالولايات المتحدة ، أما دول أمريكا الوسطى والجنوبية فتشريعها كذلك على نسق قوانين نابليون .

٢ — دول أوروبا الوسطى

فى النمسا والمجر بدأت دراسة القانون الرومانى بجامعاتها فى القرن الرابع عشر على أثر الدراسة فى بولونيا ، وفى القرن الخامس عشر شكلت محكمة امبراطورية كانت تطبق أحكام القانون الرومانى بدلا من التقاليد الجرمانية ، وفى سنة ١٨١٢ صدر القانون المدنى على مبادىء القانون الرومانى ومتأثرا بنظم القانون الفرنسى ، ثم أعقب ذلك قوانين أخرى فى المرافعات والمواد التجارية والجنائية ، ويعد قانون المرافعات النمسوى من أرقى القوانين فى العصر الحديث .

وفى المانيا كانت التقاليد الجرمانية والاقطاعية سائدة الى القرن الخامس عشر ، وقد تسربت اليها مبادىء رومانية من طريق البعث البولونى والدراسة فى جامعات المانيا . وفى القرن التاسع عشر بدأ بعث علمى جديد للقانون الرومانى قام به فقهاء المان يعدون من كبار علماء القانون فى العصور الحديثة ، مثل اهرنج وسافينى ، وهم علماء المدرسة التاريخية ، وأعقب ذلك اصدار القوانين الألمانية على أساس علمى يفوق فى متانته قوانين نابليون ، وهى قائمة على قانون جستنيان وبعض عادات محلية . وقد بدأ التقنين فى المانيا سنة ١٩٠٠ .

وفى سويسرا كان قانونها عادات جرمانية مختلفة باختلاف ولاياتها ، ولم تتأثر بالمبادىء الرومانية لقلة اتصالها بالامبراطورية الرومانية . وفى أوائل القرن التاسع عشر جمعت كل ولاية منها قوانينها على نموذج قوانين نابليون ، ثم رأت هذه الدولة توحيد التشريع فى جميع أجزائها ، فأصدرت فى سنة ١٨٨٣ قانون الالتزامات عاما على الولايات السويسرية ، وتلى ذلك قوانين فى المواد الجنائية والمرافعات وتحقيق ، وفى سنة ١٩١٢ عدل قانون الالتزامات وصدر معه القانون المدنى موحدا . هـذا التشريع السويسرى الأخير مبنى على مبادىء القانون الرومانى ، وهو جامع لفضائل القانون المدنى الألمانى الصادر سنة ١٩٠٠ وقانون نابليون معا ، أخذ عن الأول روحا علمية فلسفية وعن الثانى دقته ومبادئه العملية ، وهو أحدث تشريع فى العصر الحاضر .

٣ — دول اوروبا الشرقية

كانت دول البلقان جزءا من الدولة الرومانيـة الشرقية ، وكانت فى العهد الاخير خاضعة للقانون الرومانى اللاحق لجستنيان ، وبعد الفتح العثمانى سمح لها باستمرار تطبيقه ، حتى اسـتقلت من الدولة العثمانية فى خلال القرن التاسع عشر فاقتدت بفرنسا وجمعت قوانينها على مبادىء قوانين نابليون .

أما الروسيا فقد اعتنقت الديانة المسيحية فى القرن العاشر ، وكانت التقاليد الجرمانية سائدة فيها ، فاتصلت اتصالا أدبيا بالدولة الشرقية لعدة قرون نقلت عنها فى خلالها الفن والثقافة والمبادىء القانونية . وبعد سقوط الدولة الشرقية بقيت هذه المبادىء سائدة فى الروسيا بل ادعى قياصرتها انهم خلفاء الامبراطرة الرومان على الاستانة ، وفى أوائل القرن التاسع عشر صدرت ثمانية مجموعات قانونية على مثال قوانين نابليون .

أما الدولة العثمانية فقـد كانت أحكام الشريعة الاسلامية سارية على المسلمين فيها ، ولـكن العثمانيين اسـتمانوا ببعض القوانين الأجنبية فى القرن

التاسع عشر ، فقد صدرت قوانين فى المرافعات ومواد العقوبات والتجارة مؤسسة على قوانين نابليون . وجمعت أحكام الشريعة الاسلامية فى المسائل المدنية فى قانون مدنى سمى «المجلة» [1] ، وجعلت هذه القوانين كلها سارية على جميع العثمانيين من أى دين. ولكن الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وحضانة ووصية الخ ... جعلت أحكامها خاضعة للمجالس الملية بحسب الطوائف المختلفة ، وأهمها المسلمون ، ثم اليونان الأرثوذوكس وهم يخضعون لقانون الكنيسة اليونانية الذى يحتوى على كثير من القانون الرومانى اللاحق لجستنيان . وكانت المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية فوق ما تقدم تفصل فى شئون الأجانب بسبب نظام الامتيازات . وبعد انتهاء الحرب وقيام النهضة الكمالية ألغيت الامتيازات الأجنبية وما ترتب عليها من النظم القضائية ، وألغى نظام الأحوال الشخصية ، ووضعت قوانين جديدة عامة على الجميع وليس للاعتبارات الجنسية أو الدينية أثر فيها . وأكثر هذه القوانين مأخوذة من التشريع السويسرى فى المواد المدنية ، ومن التشريع الايطالى فى المسائل الجنائية ، فهى قائمة على أصول القانون الرومانى .

٤ — انجلترا

تسربت بعض المبادىء الرومانية فى القانون الانجليزى اثناء تطوره ، وذلك من عدة طرق : منها اتساع ولاية القانون الكنسى الذى كانت تطبقه المحاكم الكنسية فى البلاد الانجليزية ، وبه كثير من مبادىء القانون الرومانى ، وقد انتقلت بعض قواعد هذا القانون الكنسى الى محاكم الملك لتطبيقها على المسائل والمنازعات التى انتقلت الى اختصاصها بعد أن كانت تنظر فى محاكم الكنيسة . ومنها

---

(١) ولا زالت هذه المجلة سائدة أحكامها فى بعض البلاد الشرقية الى الآن مثل سوريا ولبنان والعراق .

نشر الفقه الرومانى فى انجلترا من طريق النهضة العلمية البولونية التى أخذ الانجليز بنصيبهم فيها ، واستعارة القضاة والفقهاء الانجليز كثيرا من قواعده بزعم أنهم يفسرون قانونهم . ومنها أخيرا نشاط المستشار الملكى فى بناء قانون العدالة على أسس من مبادىء القانون الرومانى الحديث ، الى جانب القانون العادى الذى كان فى شدة مبادئه واجراءاته مشابها للقانون الرومانى القديم . وفيما عدا الظروف المتقدمة نشأت الشريعة الانجلوسكسونية وتطورت فى صورة مستقلة وأسلوب خاص ، طبقا لما نراه فى البحث القادم .

البحث الثالث

الشريعة الانجلوسكسونية

نشأتها وتطورها وانتشارها

تمهيد

مقارنة

يتشابه تاريخ الشريعة الانجلوسكسونية مع تاريخ الشريعة اللاتينية فى كثير من الوجوه :

١ — فالقرون المتعاقبة التى تكونت فيها الشريعة الأولى وتطورت ، وهى تبدأ من القرن الخامس الميلادى الى الآن ، تقارب فى مدتها العصور الطويلة التى نشأت فى خلالها الشريعة اللاتينية وتهذبت .

٢ — وانتشار العمل بهـا فى العصور الحديثة يمـاثل انتشار الشريعـة اللاتينية ، فهى تليها ان لم توازها فى النفوذ والسلطان ، اذ أنها سائدة فى البلاد الانجلوسكسونية وما يتبعها من الأقاليم والمستعمرات فى الكرة الأرضية .

٣ — والاهتمام الذى يبحث به القـانون الانجليزى وتطوره فى الوقت الحاضر فى أوروبا وأمريكا[١] لا يقل عن العناية التى يدرس بها القانون الرومانى

---

(١) يدرس القانون الانجلوسكسونى دراسة تحليلية وتاريخية فى كثير من الجامعات الفرنسية ، ويكتب عنه فى بحوث متعددة علماء فرنسيون وألمان ، وهو كذلك موضع العناية والاعتبار فى المؤتمرات القانونية العلمية التى تعقد فى فترات دورية .

وتاريخه من الوجهة العلمية .

٤ — واشترك فى تطور الشريعتين بعض العوامل المتشابهة : فالدور الذى لعبه مستشار الملك فى ترقية النظم الانـكليزية يطابق العمل الذى قام به الحاكم القضائى فى النظم الرومانية ، ومبادىء العـدالة التى كانت مصدرا لتغذية القانون الرومانى كانت المرجع الذى استند اليه رجال القـانون الانجليزى عند غموض النصوص أو نقصها ، والمجهود الذى بذله قضاة المحاكم الانجليزية فى توسيع القانون الانجليزى وتعديل قواعده يطابق نشاط الفقهاء الرومان فى وضع المبادىء العـامة والأحكام الجديدة الى جانب النصوص التشريعية ، ولعمل كل فريق قيمة الزامية لا تقل عن الفريق الآخر .

ولـكنهما فيما عدا ذلك يختلفان فى المظاهر التى تشـكل بها كل منهما وفى الأسباب التى دفعت الى تقدمه وفى طبيعة هذا التقدم :

١ — فالشريعة اللاتينية لم تلبث طول حياتها فى صورة تقاليد غير مكتوبة أو نصوص فردية متفرقة ، بل وصلت الى مرحلة التدوين والتجميع فى فترات عدة من تاريخها ، وأهمها شأنا فترتان ، الأولى فى مبدأ تطوره بوضع الألواح الاثنى عشر ، والثانية فى نهاية تطوره بوضع مجاميع جستنيان . أما الشريعة الانجلوسكسونية فلم تبلغ هذه المرحلة لا فى أوائل حياتها ولا فى أدوارها الأخيرة ، عدا بعض قرارات تشريعية متفرقة كانت تصدر من الملك أو البرلمان من وقت لآخر .

٢ — كان القانون الرومانى — منذ نشـأته الى مرحلته النهائية فى عصر جستنيان — من عمل أمة واحدة ، وكان فى تطوره متصل الحلقات . فالنصوص التى احتوت عليها الألواح الاثنى عشر فى القرن الخامس قبل الميـلاد استمرت نافذة ، مع التوسع فى أحكامها وتهذيب مبادئها حتى تشمل الأحوال الاجتماعية

المتجددة ، الى القرن السادس بعد الميلاد . وكان التشريع — سواء فى قانون المدينة أو فى قانون الشعوب — صادرا من مصادر رومانية ومستمدا من قوة الشعب الرومانى . أما القانون الانجليزى فقد كان فى الأصل قانون غزاة فتحوا انكلترا فسادت فيها تقاليدهم ، وكانت التطورات الأولى التى طرأت عليه بعد ذلك واردة من الشرائع الأجنبية الأخرى ، أكثر منها تطورا فى مبادىء أهلية ذات أصل ثابت فى الميلاد .

٣ — كان تطور القانون الرومانى مبنيا على مبادىء علمية ونظريات فلسفية ، ولكن تطور القانون الانجليزى كان أكثره قائما على اعتبارات وظروف عملية .

العصور الأولى للقانون الانجليزى

وأول صورة معروفة تاريخيا للقانون الانجليزى كانت بلا شك صورة صلتية ، وهى صفة القبائل التى كانت متوطنة فى الجزيرة البريطانية فى أقدم عصورها التاريخية [١] ، ولكن لم يبق لهذه التقاليد القانونية أى أثر فى الشريعة الانجليزية التالية لعهد قبائل الصلت .

والصورة الثانية رومانية ، حين حل القانون الرومانى محل التقاليد الصلتية فى انجلترا عند فتحها فى القرن السابق على ميلاد المسيح (٥٥ ق . م) ، واستمر سائدا فى الجزيرة مع الفتح الرومانى والمدنية الرومانية أربعة قرون دخلت

---

(١) Celtes والصلت شعب من الجنس الهندى الجرمانى ترجع هجرته لأوروبا الى عصر سابق على التاريخ ، وقد بدأ باحتلال أجزاء من أوروبا الوسطى ، وزحف بعد ذلك الى جنوب أوروبا واسبانيا والجزر البريطانية ، ثم انقرض بانتشار الفتح الرومانى ، ولكنه احتفظ رغم ذلك بجنسه ولغته فى ايرلندا وفى الشمال بانجلترا .

فى خلالها الديانة المسيحية ، وليس لهـذه الصورة كذلك أثر محقق فى القانون الانجليزى لزوالها بزوال الفتح الرومانى .

والصورة الثالثة جرمانية ، وهى الصورة التى برزت مع الفتح الأنجلوسكسونى (١) الذى قضى على كل أثر للنظم الرومانية من دين ولغة وقانون ، وأحل فى مكانها تقاليد الفاتحين ولغتهم ودياناتهم (٢) .

والصورة الرابعة للقانون الانجليزى — وهى التى يبدأ بها تاريخه الحقيقى الثابت — صورة نورمندية مستعارة من قوانين الفرنك ومن نظمهم الاقطاعية ، وقد ظهرت هـذه الصورة بدخول النورمان (٣) انجلترا ، وهو الفتح الذى ترتب عليه ادخال نظم ثابتة أساسية فى القانون الانجليزى بنيت عليها تطورات العصور

---

(١) Anglo-Saxons وهو اسم لنوعين من القبائل الجرمانية (Angles & Saxons) التى دهمت انجلترا فى القرن الخامس بعد الميـلاد وقد كان لـكل نوع مملكته فى الجزيرة ثم توحدتا وأطلق عليهما فى مبدأ القرن التاسع اسم واحد وهو Angle-Land أى England — أنظر شيرمان — جزء أول — ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) أما البقية الضئيلة التى تخلفت من المسيحية فقد انزوت فى أقاصى الغرب والشمال من انجلترا — أنظر Lee ص ٤٤٢ . ولـكن المسيحية عادت الى البـلاد الانجليزية فى الجزء الأخير من القرن السادس على يد بعثة دينية أوفدها البابا من روما . وقد ذكر بعض المؤرخين رواية تفصيلية لذلك تشير الى أن البابا « جريجوار » شاهد يوما فى سوق الرقيق بروما فتيانا وسيمى الطلعة من الـكسونيين فاستفهم عن جنسهم ولما أجيب بأنهم انجليز angli قال العبـارة الآتية : «non Angli, sed Angeli, si modo Christiani» ومعناها « ليسوا انجليزا بل ملائكة لو أنهم مسيحيون » . وفى سنة ٥٩٦ أرسل هذا البابا للجزيرة البريطانية القديس « أوغسطين » الشهير فى التاريخ ومؤسس الـكنيسة فى انجلترا والذى بجهوده ترك الانجلوسكسون الوثنية واعتنقوا المسيحية مع ملـكهم اثيلبرت Ethelbert — راجع شيرمان جزء أول ص ٣٤٧ ، وكذلك Morris, History of development of law, p. 248.

(٣) Normans أو رجال الشمال Northmen ، وأصل هذا الجنس من بلاد الاسكندناف احتلوا شمال الروسيا فى القرن التاسع وجزءا من شمال فرنسا ، أطلق عليه اسم نورمانديا، ثم فتحوا انجلترا فى منتصف القرن الحادى عشر .

التالية ، وقيل بأن فى هذا الفتح بعض العناصر الرومانية من دينية ومدنية جاءت من احتكاك النورمنديين بالقواعد الرومانية فى فرنسا قبل استيلائهم على الجزيرة البريطانية ومن اتصالهم بالحركة الفقهية البولونية بعد ذلك (١) .

ونظرا لهذه الصور المختلفة التى اتخذها القانون الانجليزى ، ولهذه الأصول المتفرقة التى قامت عليها نظمه وتقاليده ، يتساءل بعض الباحثين عما اذا كان القانون الانجليزى صلتى الأصل أم جرمانيا أم رومانيا . وهى مسألة على وضعها هذا لا حل لها ، لأن تشابه بعض النظم عند بعض الشعوب لا يدل على ان أحدها استعارها من الأخرى أو اقتدى بها . وانما يرى المؤرخون الحديثون ان القانون الانجليزى فى أصله صادر عن ارادة الملوك وتشريعهم ، وعلى الأخص فى خلال القرن الثانى للفتح النورمندى ، وان المواد التى شيد بها هذا البناء التشريعى ، مع كونها مواد أجنبية ، قد عدلت ونظمت وصيغت فى قالب جديد جعله قانونا ذا صفة خاصة انفرد بها عن سائر الشرائع القديمة (٢) .

يتناول هذا البحث دراسة العهد الأول للقانون الانجليزى ، أى العهد الانجلوسكسونى الذى سادت فيه التقاليد الجرمانية ، فالعهد التالى للفتح النورمندى وهو العهد الذى انتقلت فيه النظم الاقطاعية الى البلاد المفتوحة بما فى هذه النظم من مبادىء قانونية واجراءات قضائية ، فالمرحلة التى توحدت فيها السلطات القضائية واكتمل فيها القانون العادى ، ثم المرحلة التى نشأ فيها قانون العدالة وغالب القانون العادى حتى انتصر عليه واستأثر بالنفوذ دونه فى المحاكم . وننتهى بعد ذلك ببيان وجيز عن مصير الشريعة الانجلوسكسونية الداخلى والخارجى ، من حيث تجميع قواعدها ومن حيث اتساع سلطانها فى العصر الحديث .

---

(١) Lee ص ٤٤٢ وكذلك كتاب Pollock & Maitland, The History of English Law, 1911, Vol. I, Introduction, p. 33.

(٢) Dareste, Nouvelles Etudes d' Histoire du Droit, 1906, Vol. 3, p. 220

الفصل الأول

العصر الانجلوسكسونى

٤٤٩ — ١٠٦٦ م

١ — النظام الاجتماعى والعائلى ، ٢ — النظام القضائى ، ٣ — نظام الجرائم ، ٤ — نظام الأراضى .

يعتبر المؤرخون الفتح الانجلوسكسونى فاتحة التاريخ القانونى فى الجزيرة البريطانية ، أما قبل ذلك فلم يكن النظام السائد فيها الا جزءا من النظم الجرمانية أو الرومانية التى كانت متبعة فى القارة الأوروبيـة والتى انتقلت الى انجلترا مع الغزاة الذين فتحوها وزالت بزوال سلطانهم .

على ان هذا العصر فى ذاته غامض من الوجهة القانونية ، وكثير مما وصل اليه الباحثون عنه مبنى على الحدس ، بل ان من الصعب عليهم التفريق بين قوانين هذا العصر وقوانين العصر الذى تلاه نظرا لقرابة الجنس والتقاليد بين قبائل السكسون والنورمان [١] . وأكثر المعلومات مستمدة من القوانين والأوامر الصادرة من ملوك السكسون والانجليز منذ عهد انتشار المسيحية فى منتهى القرن السادس ، ومن بعض مجموعات غير رسمية للتقاليد والاجراءات دونت لحفظها أو للاستفادة منها فى الأمور العملية ، ومن وثائق رسمية أخرى تشير الى الحالة القانونية القائمة قبيل الفتح النورمندى [٢] .

---

(١) Deans, Legal History, p. 2 .

(٢) Pollock and Maitland جزء أول ص ٢٧ وما بعدها .

وقد كانت حياة سكان الجزيرة فى هـذا العهد على حالة الفطرة بعـد ان اندثرت المدنية الرومانية فيها ، وقوانينهـم تحتوى أجزاء عتيقة بربرية تسوى بين المرأة والرقيق ودابة الزراعـة ، نظرا لقلة نصيبهم من الحضارة اذ كانت حيـاتهم الاجتماعيـة — عدا قليل من المدن الصغيرة — قائمـة فى الغـالب على اصلاح الاراضى وتعبيد الغابات واعدادها للزراعة والمرعى (١) .

والذى يلفت النظر فى قانون هـذا العصر صفته الجرمانيـة الغالبة فى نظمه وأصوله ، فقد انتقلت الى انجلترا عناصر جرمانية من مجموعات القوانين التى وضعتها القبائل الجرمانية عند سيادتهم على أوروبا وعلى أجزاء من الدولة الرومانية منذ القرن الخامس الميلادى ، ثم تطورت هذه النظم والأصول فى الجزيرة البريطانية دون أن تتصل بعناصر أخرى سوى بالقـانون الكنسى الذى نفـذ منـذ انتشار المسيحية فى المسائل الدينية وفى شئون الكنيسة ورجال الدين (٢) .

وسنأتى بوصف عام وجيز للنظام الاجتماعى والعـائلى ، فالنظام القضائى ، فنظام الجرائم ، ثم نظام الملكية والاراضى .

— ١ —

النظام الاجتماعى والعائلى

نجد المجتمع عندهم على طبقتين ، كما كان الأمر فى كل الجماعات القديمة ، طبقة الاحرار وطبقة العبيد . غـير أن طبقة الاحرار لم تكن على مستوى واحد لجميع أفرادها ، فهم كذلك على قسمين ، قسم اللوردة أو النبلاء ، وقسم التابعين للنبلاء يؤدون لهم العوائد المالية والخدمة الحربيـة ، أما الحر الذى لم يكن له نبيل

---

(١) Jenks, A Short History of English Law, p. 3-4 .

(٢) Lee, Historical Jurisprudence, p. 443 .

ينتمى اليه فقد اعتبره بعض الملوك شريدا مشتبها فيه . وقد أصبح هـذا التقسيم بعـد ذلك مع طريقة حيـازة الاراضى أساسا للنظام الاقطاعى الذى استقر ابان الفتح النورمندى [١] . ومن بين النبلاء من يلحقون بخدمة الملك فى بلاطه ، وهم فريق ممتاز من النبلاء ، يطلق عليهـم اسم « رفقاء الملك » [٢] ، لهـم ميزات وعليهم واجبات ، منها ان لـكل منهم مكانا فى بلاط الملك وعليه تولى القضاء فى بعض المسائل المدنية والجنائية [٣] . وعدا ذلك فقد كانت فئات اجتماعية أخرى وفئات ممتازة أهمها فئة رجال الدين . وأهم أثر قانونى لهذا التقسيم الاجتماعى بين الاحرار أنه أساس لتقدير الدية الواجب دفعها لأهل القتيل عند اغتيال حياته ، فهى تختلف فى مقدارها باختلاف الطبقة التى ينتسب اليهـا ، ومن ذلك أن دية « رفيق الملك » تعادل ستة أمثال الدية المقررة للحر العادى ، ومن ذلك أيضا ان لرجال الدين مقادير خاصة من الديات [٤] ، ويقرر بعض الباحثين ان فئات الدية كانت تتراوح بين أربع جنيهات وتسعة شلنات للحر العـادى و بين خمس مائة جنيه للملك [٥] .

أما غير الأحرار فقـد كان منهم فريق يدعى أنصاف الأحرار على مثال ما كان معمولا به فى التقاليد الجرمانية الأولى ، وهو فريق لا يعنى المؤرخون بدرس حالته لانقراضه من المجتمع الانجليزى قبل انتهاء القرن التاسع [٦] . ولم يبق بعدهم

---

(١) Pollock & Maitland جزء أول ص ٣٠ ، وكان الرجل العادى يسمى Ceorl والنبيل يسمى eorl وهو الاسم الذى يرجع اليه لقب earl الحالى بين الانجليز .

(٢) King's thegns ثم حرفت الكلمة فأصبحت Thaner — المرجع السابق ص ٣٣ .

(٣) Jenks ص ٧ .

(٤) وكذلك اليمين التى يؤديها رفيق الملك فى القسامة معادل لأيمان ستة من أحرار العامة — أنظر Pollock & Maitland ص ٣٣ — ٤٤ .

(٥) Lee ص ٤٤٥ ، ويطلق على الدية عند القبائل الجرمانية Wergild أى ثمن الرجل.

(٦) واسمهم بالانجليزية الحديثة half-free وباللغة القديمة lœte أو litus .

الا طبقة العبيد أو الرقيق[١] التى تشبه فى حالتها طبقة الرقيق عند الرومان القدماء ، وتدل الآثار على ضخامة عددهم بالنسبة لسائر الأهالى ، وعلى أنهم كانوا يستعملون للخدمة والاتجار بهم كالسلع فى المرافىء حتى القرن الثانى عشر ، بل كان بعض الاحرار يلقون بأنفسهم الى الرق كسبا للرزق . ولكن العتق كان معمولا به على سبيل الاحسان أو التعبد ، وكان مفروضا على المالك اذا أساء الى عبده بقلع عينه أو سنه ، واذا قتله وجبت عليه غرامة يؤديها للملك[٢] .

أما نظام الأسرة فقد كان فى قوته وتماسكه ما يغنى المجتمع عن تدخل الدولة وسلطانها مع ما كانت عليه فى ذلك العهد من ضعف النفوذ ومن البعد عن علاقات الأفراد . ولكنه يختلف عن نظام الأسرة الرومانية فى أمرين ، الأول ان الولد لم يكن خاضعا لسلطة أبيه مدى حياته بل كان يتخلص منها ببلوغه الرجولة ويدخل فى عداد الأحرار ، والثانى أن الأسرة كانت تشمل القرابة من الأبوين لا من الأب وحده . ثم كان الأقارب تجمعهم مصالح مشتركة وواجبات مشتركة ، منها حق الأخذ بثأر قتيلهم أو قبض الدية من قاتله ، ومنها تحمل التبعة الناشئة من جناية أحدهم — ثأرا أكانت تلك التبعة أم دية . غير أن لهم أن يبرأوا منها بانكار المجرم أو خلعه ، وعندئذ ليس لأحد منهم أن يأويه وليس لأحد من أولياء الدم أن يثأر من أقاربه ، والا صار كلاهما عدوا للملك وصودرت أملاكه[٣] .

---

(١) slave, serf .

(٢) راجع فى حالة الارقاء تفصيلا كتابى Lee ص ٤٤٤ و Pollock & Maitland جزء أول ص ٣٥ — ٣٧ .

(٣) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٨ ، ولهذا الحكم شبيه عند الرومان وعند عرب الجاهلية كما تقدم .

— ٢ —

النظام القضائى

يمتاز هذا العصر بانعدام سلطان الدولة فى ادارة العدل وهو ما يعتبر فى العصر الحديث من وظائفها الجوهرية ، وربما كانت هـذه الحال أثرا من العهد الذى كان فيه القضاء اختياريا لطرفى النزاع . فلم يكن على الملك أن يرقب اجراء العدل بين الناس فى عامة مسائلهم ، وانما كانت له سلطة قضائية استثنائية لا يلجأ اليها الفرد الا اذا فشل فى رفع دعواه أمام محكمته الشعبية ، كما اذا احتمى خصمه من القضاء بسطوة نبيله . ويمتاز كذلك بعدم التفرقة بين القضاء المدنى والقضاء الدينى ، اذ كان الأسقف يجلس فى محكمة المقاطعة ويشترك فى الفصل فى المسائل المدنية بموافقة السلطة الزمنية ، ولعله كان العضو الوحيد — من بين هيئة المحكمة — الذى يملك قسطا من العلم والدربة فى ادارة العدل . وكانت المجالس الدينية فوق ذلك تنظر فى منازعات الأراضى الحادثة بين الكنيسة والأفراد[١] .

ثم يمتـاز أخـيرا بأن محاكمه كانت على نوعين ، محـاكم عامة أو شعبية ، ومحاكم خاصة ، فالمحاكم العامة كانت تنعقد فى الهواء الطلق ، وهى محكمة المقـاطعة التى تجلس مرتين فى العـام ، ومحكمة « المـائة » التى تجلس مرة كل أربعـة أسابيع[٢] ، كل منهـما مشكلة من أفراد الشعب تحت رئاسة زعيم المقـاطعة أو

---

(١) وهذا المجلس الدينى هو المعروف باسم « السينود » Synod ويطلق عليه اسم Witan عند نظره هذا النوع من النزاع — والملكية التى تكون موضع النزاع ملكية خاصة اسمها bookland ينشئها الملك ويمنحها للاساقفة أو للهيئات الدينية أو لبعض النبلاء — راجع Pollock & Maitland جزء أول ص ٤١ وص ٦٠ .

(٢) اسم محكمة المقاطعة County Court ويطلق عليها بعض المؤرخين اسم Shire-mote ، واسم محكمة المائة hundred Court أو على رأى بعض المؤرخين hundred-mote ، واصطلاح « المائة » هنا يطلق على قسم من المقاطعة كالمركز بالنسبة للمديرية ، وكان على كل قسم فى =

« المائة » وتصدر أحكامها بطريق الاقتراع ، ولم يكن لأيهما وسيلة تلزم الأخصام بالحضور امامهما أو بتنفيذ قرارهما ، سوى أن يعد المتخلف أو المتعنت « خارجا على القانون » [1] ، فيحرم حمايته وتنعدم تبعة قتله . والمحاكم الخاصة محاكم يعقدها النبلاء فى بيوتهم لاجراء العدالة بين تابعيهم ، ومن بين هذه المحاكم الخاصة محكمة الملك التى يقيمها للفصل بين رجال بلاطه وللفصل بين الأفراد فى بعض الحالات النادرة كما تقدم ، وللمحاكمة الذين يرتكبون أعمالا مخلة بأمان الملك .

أما الاجراءات المتبعة لاثبات الدعوى فهى كذلك اجراءات عتيقة معقدة بالشكليات التى لا تتصل بالحق فى ذاته . وهى على نوعين ، القسامة والتجربة ، وكلاهما التجاء فطرى الى القوى الآلهية حتى يتبين صاحب الحق أو المجرم من البرىء .

فنظام القسامة يستعين به أحد طرفى الدعوى — مدنية أكانت أم جنائية — بأن يستحضر أحد عشر رجلا من أهله أو جيرانه يقسمون معه على صحة دعواه أو دفاعه ، فاذا أقسموا أخذت المحكمة بقوله ، ومعنى هذا ان عبء الاثبات كان فى القديم ميزة لمن يقوم به لأنه يحسم الدعوى بيمينه ويمين ذويه ، فان كانت اليمين كاذبة فان فى تعرضهم للغضب الالهى ترضية كافية للخصم الآخر . أما من من الخصمين يتولى الاثبات بالقسامة فهو الذى تعينه المحكمة بحسب ظروف كل

= القديم تقديم مائة من المحاربين . أما كلمة mote فهى تفيد معنى المحكمة ويظهر أنها وردت فى العصر اللاحق للعصر الانجلوسكسونى . ويضيف بعض المؤرخين محكمة ثالثة أصغر درجة وهى محكمة القرية Village-mote ، ولكن هذه غير محققة تاريخيا فى هذا العصر — راجع بولوك وميتلاند — جزء أول ص ٣٨، ٤٢، ٢٩، ٥ وكذلك Deans ص ٣ .

(١) outlaw — أنظر Lee ص ٤٤٥ ، وكذلك تقرر فى عهد الملك الفريد Alfred نظام الضمان المشترك اسمه frankpledge يقضى بتقسيم الأفراد الى مئات كل مائة منها تضمن تقديم المجرم منها الى المحكمة والا تقضى عليهم بغرامة — Deans ص ٣ .

قضية [١] . ونظام التجربة كذلك تلقيه المحكمة على من تختاره من الطرفين فى أى دعوى ، غير أنه يتبع غالبا فى الدعوى الجنائية و يكلف غالبا بأدائه المتهم ، وذلك بأن يمتحن بواحدة من التجارب التى يعتقدون بتدخل القوة الالهية فيها ، كتجربة النار التى يكلف فيها المتهم أن يقبض بيده على حديد ملتهب أو أن يخطو بقدمه على خشب محترق ثم يضمد القسيس جرحه بصورة خاصة ، حتى اذا شفى فى ثلاثة أيام فهو برىء والا فهو مجرم ، وكتجربة الماء المغلى يغمس يده فيه ويعامل بعد ذلك كما يعامل فى تجربة النار [٢] .

أما المبارزة القضائية فانها لم تكن متبعة فى هذا العصر خلافا للتقاليد الجرمانية . ولكن الحرب الفردية أو الانتقام الشخصى — خارجا عن دائرة القضاء — كان

---

(١) وان كانت العادة أن يكلف المدعى عليه أو المتهم بعبء الاثبات ، قسامة أو تجربة ، غير أنه قد يكون ذلك أحيانا على المدعى اذا طلب أن يؤدى التجربة ليقطع السبيل على خصمه . وللمحكمة أن تختار أى نوع من نوعى الاثبات يقوم به المتهم بحسب خطورة الجريمة التى اتهم بها . وقد لا تلجأ المحكمة الى القسامة أو التجارب ان كانت الدعوى ثابتة أمامها فى وضوح لا شك فيه ، أو اذا كان المدعى فى عداد « الخارجين على القانون » أى المحرومين من حمايته . وقد أطلق على نظام القسامة فى عصر لاحق اسم Compurgation وعلى الذين يقسمون Compurgators أو oath-helpers ، واستمر معمولا به الى العصور الحديثة فى دعاوى الديون تحت اسم جديد Wager of law ، ثم ألغى بقانون صدر فى سنة ١٨٣٣ — راجع Deans ص ٨ .

(٢) Pollock & Maitland جزء أول ص ٣٩ وجزء ثانى ص ٥٩٨ وما بعدها ، ويرى بعض الباحثين أنه كانت عندهم بعض التجارب الأخرى ، وهى تجربة الماء البارد التى تقتضى أن يلقى المتهم موثوقا فى ماء النهر فان طام فهو مذنب .وان غطس فهو برىء ، وتجربة « القطعة اللعينة » accured morsel وهى قطعة من العيش الجاف يعدها القسيس خصيصا فيدعو المتهم القوة الالهية أن توقفها فى حلقه ان كان مذنبا ثم يبدأ فى أكلها على مهل فان ابتلعها سهلة فهو برىء وان توقفت بأية صورة فهو مذنب ، ويحدث أن المذنب ان كان يعتقد فى الخرافة قد يجد من أوهامه صعوبة فى ابتلاعها ، ويروون أن أحد كبار النبلاء .ظهرت ادانته بهذه التجربة — راجع Deans ص ٨ .

سائدا فى عهد الانجلوسكسون كما فى القبائل الفطرية دون أن يكون وسيلة قضائية للفصل فى الدعوى [١] .

— ٣ —

نظام الجرائم

ننتقل الآن الى بيان المواد التى تفصل فيها هذه المحاكم المختلفة ، وأهمها الجرائم ، لأن القواعد الخاصة بالأموال كانت فى هذا العهد تقاليد غير مدونة وعادات محلية تختلف باختلاف الأقاليم ، ولأن القواعد الخاصة بالعقود كانت نادرة لانعدام المداينات والتجارة الخارجية ولاكتفاء كل شخص بأداء شئونه بنفسه أو مع أهله وجيرانه [٢] . وكانت أهم الجرائم القتل والجرح والسرقة والخيانة .

فالاعتداء على شخص بالقتل أو الجرح كان فى أول العهد مسوغا للانتقام الشخصى أو للحرب الفردية بين أهل المعتدى عليه وأهل المعتدى [٣] ، ولكن الحرب أو ثائرة الانتقام قد يزول خطرها بالصلح على مبلغ كان يحدد قديما بطريق التحكيم ، ثم حدد بعد ذلك سلفا فى التقاليد أو الأوامر التشريعية ، وهومايسمونه ثمن الرجل أو الدية ، سواء أكان ذلك فى قتل النفس — دون تفريق بين العمد وغير العمد — أم فى الاصابات التى لا تصل الى القتل ، ومقادير الديات تختلف وتتفاوت تبعا لمكانة القتيل أو المصاب الاجتماعية وتبعا لنوع الأعضاء التى أصيبت ، ويجب على الجانى وأهله أداؤها للمعتدى عليه وأهله مع تسليم السلاح

---

(١) Pollock & Maitland, V. 1, p. 39 .

(٢) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٣ .

(٣) ولا صلة لهذا بحق القصاص بصفته عقابا فلا أثر له فى القوانين الجرمانية — المرجع السابق ص ٤٦ .

الذى استعمل فى الجريمة ، كما كان متبعا فى كثير من الجماعات القديمة [١]. وكان للجانى أن يمتنع عن دفع الدية ولأقارب المتدى عليه أن تمتنع عن قبولها ، وعند ذلك يسوغ الانتقام الشخصى أو الحرب الفردية بين الطرفين ، وقد ظل هذا المبدأ قائما ، من الوجهة النظرية على الأقل ، الى القرن العاشر حين قويت شوكة الملك وحلت الدية الاجبارية محل الانتقام [٢] .

كانت السرقة ، وعلى الأخص سرقة الماشية ، أكثر الجرائم شيوعا ، حتى أن كثيرا من القوانين عنيت بوضع احتياطات عدة للتثبت من ان ما يباع منها غير مسروق ، فأوجبت مثلا ان يكون الشراء بحضور شهود . ولذلك كانت معاملة السارق معاملة قاسية ، اذ يصبح رقيقا للمجنى عليه اذا عجز عن رد ما سرق ، وقد يستبعد معه أفراد أسرته ، غير ان الزوجة تستطيع أن تنجو من الرق اذا أثبتت بالقسامة أنه لم يكن لها نصيب فى السرقة [٣] .

وتقع الخيانة من الرجل نحو نبيله الذى يرتبط بالولاء له ، أو نحو الملك ، وتتوفر بالائتمار أو بمجرد التفكير فى قتل الملك كما نصت القرارات الملكية والوثائق الجرمانية . ولايستطيع المتهم أن يدفع التهمة عنه الا بالقسامة المضاعفة أو بالتجربة المضاعفة [٤] . ويحاكم مرتكبها امام محكمة النبيل أو الملك الذى ارتكبت ضده

---

(١) Lee ص ٤٤٦ .

(٢) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٧ — ٤٨ .

(٣) Lee ص ٤٤٧ — والمرجع السابق ص ٥٦ .

(٤) القسامة المضاعفة أن يستحضر المتهم من القسامة عددا يتناسب مع قيمة دية اللورد أو الملك بالنسبة الى دية الرجل العادى ، والتجربة المضاعفة أن يكون الحديد الملتهب فى وزنه ثلاثة أمثال وزنه فى القضايا العادية ، أو أن يغمس فى الماء المغلى ذراعه بدلا من غمس يده الى الرسغ فى الجرائم الأخرى — أنظر بولوك وميتلاند — جزء أول ص ٥٢ . وجريمة الخيانة يطلق عليها كلمة Treason .

الجريمة ، وعقوبتها الموت وفقد الأموال ، وهى من نوع الجرائم الخطيرة الذى لا يفتدى فيها المجرم بدية والذى ازداد مع الزمن ونشأت له عقوبات معينة منها القتل وقطع الأعضاء — كاللسان لمن اتهم غيره كذبا واليد اليمنى لمن حلف زورا — والغرامة [١] .

— ٤ —

نظام الاراضى

كانت الأراضى طبقا للتقاليد الجرمانية مقسمة على العشائر كل قسم منها يسمى « المائة » ، وهو اسم يرجع فى أصله الى عدد الجنود الذى تقدمه العشيرة فى الحرب ، فأصبح مع الزمن منصرفا الى المكان بعد أن كان اسما لجماعة من الأشخاص ، ولكل أسرة من القسم منزل يعتبر ملكا فرديا لرئيسها ، أما أراضى الزراعة والمرعى فانها توزع سنويا على الأفراد الأحرار للانتفاع بها . و بقى غير ذلك أجزاء لم توزع من الأراضى المتطرفة التى اتسعت فى مساحتها باتساع الفتح فتملكها كبار النبلاء وعلى رأسهم الملك ، ودخل الأفراد فى حمايتهم .

وقد أصبحت جميع الأراضى فى العصر الانجلوسكسونى على نوعين ، الأراضى العامة أو أراضى الشعب ، والأراضى الخاصة أو أراضى الأفراد . فالأراضى العامة هى الأراضى المعدة لانتفاع الناس جميعا كالمراعى والغابات ، وكانت فى الأصل معتبرة ملكا للشعب ثم أصبحت بعد ذلك تابعة للملك وله ان يمنح الأفراد أجزاء منها . والأراضى الخاصة هى المملوكة للأفراد ملكا خالصا ، اما بناء على التقاليد الجرمانية القديمة وكان هذا نادرا ، واما بناء على منحة فى سند مكتوب من الملك

---

(١) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٨ — ٤٩ وجزء ثان ص ٤٥٢ — ٤٥٣ ، ويسمى هذا النوع من الجرائم الخطيرة Botless أى لا يجوز فيها الفداء بالدية أو التعويض bót .

يصدر عادة الى النبلاء والأساقفة والجماعات الدينية [1] .

وكان توارث الأراضى الخاصة بحسب التقاليد المحلية فى كل أقليم ، وانما كانت على وجه عام تقسم على جميع الأولاد عنـد موت أبيهـم ، وكان لأرملته نصيب من تركته [2] .

***

تلك هى النظم القانونية العامة التى أمكننا استخلاصها من أقوال المؤرخين والباحثين فى العصر الانجلوسكسونى ، وقد ظلت سائدة فى خلال هذا العصر دون أن تتغير بتغير الظروف السياسية التى حدثت فيه ، من تعدد الممالك الصغيرة فى أقاليم الجزيرة ، ومن تسلط ملوك الدانمارك على جزء منهـا فضلا عن التشابه بين تقاليد البلدين لوحدة الأصل الجرمانى [3] ، بل أن كثيرا من هـذه النظم بقيت قائمة فى العصر التالى ، الذى بدأ بالفتح النورمندى ، بعد ان اتسع نطاقها وتهذبت مبادئها .

وننتهى من هذا العصر بكلمة عن مصدر القواعد القانونية المتبعة فيه ، انما هى قواعد مستمدة من التقاليد الجرمانية كما تقدم ، ومعظمهـا قد صيغ فى أوامر وقرارات وقوانين صدرت من الملوك الذين حكموا فى خلال العصر الانجلوسكسونى ،

---

(١) وتسمى الأراضى فى الحالة الأولى النادرة folk-land ، وقيل أنها كانت فى القديم تعتبر ملكا للأسرة لا للفرد فلا يستطيع التصرف فيها أثناء الحياة أو بالوصية الا برضاء باقى أعضـاء الأسرة ، ثم أصبحت ملكية فردية تامة كالحـالة الثانية Lee, p. 450 . وتسمى الأراضى فى الحالة الثانية book-land لأن صاحبها يستلم من الملك كتابا book أو مستندا عنحه اياها .

(٢) Lee ص ٤٥٣ و Deans ص ٦ — ١٠ .

(٣) Lee ص ٤٥٤ .

سواء أكانوا من ملوك السكسون أم من ملوك الدانمارك [١] ، وقد بدأ هذا النشاط التشريعى منذ القرن السابع الى الفتح النورمندى ، بينما كان التشريع نادرا أو منقطعا فى دول أوروبا [٢] ، وقيل بأن أول ملك اعتنق المسيحية فى انجلترا وهو الملك « اثلبيرت » دون قوانين بلاده « على الطريقة الرومانية » متأثرا بمشورة رئيس الكنيسة [٣] .

وقد جمعت القرارات التشريعية الصادرة من ملوك هذا العصر عقب الفتح النورماندى فى مجموعات خاصة زعم واضعوها انها ذات صفة رسمية [٤] .

---

(١) Ethelbert, Alfred, Edward, Ethelstan, Edmund, Edgar, Ethelred, & Canute

(٢) Pollock & Maitand جز أول — ص ١٩ .

(٣) وكان ذلك فى سنة ٦٠٠ بعد الميلاد — شيرمان — جزء أول — ص ٣٤٨ .

(٤) منها ما تجمع قوانين كانيوت ، ومنها ما تضم قوانين ادوارد وهو آخر الملوك قبل الفتح النورمندى . راجع Jenks ص ١٨ — ١٩ ، وشيرمان ص ٣٤٩ .

الفصل الثانى

عصر الفتح النورمندى

١٠٦٦ — ١٢٧٢

١ — النظام الاقطاعى فى الأراضى ، ٢ — النظام القضائى ، ٣ — عهد هنرى الثانى ، ٤ — مصادر القانون فى هذا العصر .

يمتد هذا العصر من فتح النورمان انجلترا فى سنة ١٠٦٦ م الى أواخر القرن الثالث عشر (١) ، وفى خلاله وضعت النظم الأساسية التى ترتبت عليها التطورات المقبلة فى التاريخ القانونى ، واكتملت مصادر القانون الانجليزى من تشريع وقضاء وفقه .

ويمتاز هذا العصر بالصبغة الاقطاعيـة التى كسته من كل الوجوه وشكلت نظمه وقوانينه ، وبأنها لم تكن صبغة نورماندية ولا انجليزية ، وانما استعارها الفاتحون من تقاليد الفرنسيين اثناء اتصالهم بهم فى فرنسا قبل فتح انجلترا (اذ كان وليم الفاتح دوقا لنورمانديا) ، ونقلوها معهم — بما شملته من نظم عقارية وقضائية — الى الجزيرة البريطانية ، حتى ثبتت بالتدريج فى خلال حكم الأوائل من ملوكهم ، وترتب على ادخالها اصلاحات قانونية حدث أكثرها فى عهد الملك

(١) ينتهى هذا العصر بانتهاء عهد الملك هنرى الثالث — وقد اتبعنا فى تحديد هـذا العصر الثانى من عصور التاريخ القانونى فى انجلترا المنهاج الذى اتبعه الاستاذ ادوارد جنكس Jenks، مدير الدراسات القانونية فى جمية القانون بانجلترا ، فى كتابه A Short History of England ص ١٥ ، والذى اتبعه أيضا Deans فى كتابه Legal History ص ١١ — وهذا العصر ينتهى كذلك فى زمن مقارب للزمن الذى انتهت فيه حياة الفقيه براكتون Bracton (سنة ١٢٦٨) ، فى خلال عهد هنرى الثالث ، وهو العالم الذى اكتمل بمؤلفاته الفقه بصفته مصدرا للمبادىء القانونية فى انجلترا — أنظر Lee ص ٤٨٠ وما بعدها .

هنرى الثانى الذى تقع مدة حكمه فى النصف الأخير من القرن الثانى عشر .

ونتناول فى هذا العصر دراسة النظام الاقطاعى فى الأراضى ، فالنظام القضائى المترتب عليه و بالأخص القضاء الملكى ، فالاصلاحات الجديدة التى حدثت فى عهد الملك هنرى الثانى ، ثم المصادر القانونية المختلفة .

— ١ —

النظام الاقطاعى [١]

كان هذا النظام الوسيلة الوحيدة التى تأسست بهـا سلطة الملك فى بلاده ، وهو نظام قائم على رابطة واحدة تصل بين جميع الناس من أصغر زارع الى أكبر رأس فى البلاد ، وتبين واجبات كل عضو فى المجتمع نحو الآخر . وهذه الرابطة هى الطريقة التى كانت توزع بها الأراضى على النبلاء والأهالى ، بحيث ان كل قطعة من الأرض فى المملكة كانت تمنح الى شخص من رئيسه أو سيده المباشر ، والى هذا الأخير من رئيسه أو سيده الأعلى ، حتى تنتهى هـذه الشبكة الواسعة الى نقطة واحدة وهى الملك الذى كان يعتبر الرئيس العام والمالك الأعلى لجميع الأراضى .

ويترتب على هذه الطريقة فى حيازة الأراضى وجود علاقات متبـادلة بين الرئيس وتابعه [٢] ، وتتلخص هـذه العلاقات فى كلمتين [٣] ، الولاء من جانب التابع ، والحماية من جانب الرئيس . فالولاء من التـابع يتضمن واجبـات تشابه واجبات الفرد نحو دولته فى الوقت الحاضر : وهى الجهـاد فى صفوف سيده اذا احتـاج اليه ، ومده بالرأى والمشورة ان طلب ذلك منه ، والخضوع لاختصاصه

---

(١) Système féodal, Feudal Constitution .

(٢) Lord & Vassal .

(٣) Homage & Protection .

القضائى ، ثم خدمات وعوائد أخرى ثانوية . والحماية من جانب الرئيس تتطلب منه واجبات تشابه وظائف الدولة فى العصر الحديث : وهى الدفاع عن تابعه ، والفصل فى منازعاته ، ومراعاة الأمانة نحوه [١] .

وقد قلنا ان أساس هذه الواجبات المتبادلة هو الأرض تمنح من شخص الى آخر يصير تابعا له ، وقد يمنح منها هذا التابع الى غيره تابعين له بمثل الشروط التى أخذها بها من متبوعه . وتعقد رابطة الولاء بين التابع ورئيسه — عند منح الأرض اليه — باجراءات شكلية خاصة تختتم بيمين الاخلاص يؤديها التابع بين يدى سيده مع احتفاظه بولائه نحو الملك [٢] .

ويجب أن نشير هنا الى اختلاف الآراء فى منشأ النظام الاقطاعى ، فقد رأى بعض الباحثين انه يرجع فى أصله الى نظام الحكر الذى أقره القانون الرومانى فى عهد الامبراطورية ، وهو حيازة الأرض لمدة أبدية أو لمائة سنة فأكثر مقابل ضريبة زهيدة يدفعها الحائز الى المالك الأصلى ، بحيث تكون الأرض خاضعة لنوع من الملكية المزدوجة ، وهى حالة الأراضى الاقطاعية فى القرون الوسطى بعد أن تطورت ضريبتها من عوائد نقدية الى خدمات حربية يؤديها صاحب الحكر فى صفوف المالك [٣] . وقرر البعض الآخر أن منشأ هذا النظام وتطوره يرجعان الى تقاليد قبائل الفرنك وانتقل منهم الى انجلترا على يد النورمنديين [٤] .

وقد جعل وليم الفاتح أهمية كبرى للفتح النورمندى من الوجهة القانونية

---

(١) راجع تفصيلات هذه الواجبات فى كتاب Lee ص ٤٥٦ .

(٢) "oath of fealty" أنظر Jenks ص ٣٢ ، وكذلك فى الشكليات والعبارات التى يجب القيام بها بين التابع والمتبوع Pollock & Maitland جزء ١ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٣) Maine, Ancient Law, p. 309 ويقره الاستاذ Lee ص ٣١٣ وص ٤٥٧ على وجود الشبه بين النظامين ولكنه يستبعد أى أثر للصلة بينهما — ص ٣١٣ .

(٤) Lee ص ٤٥٦

بادخال النظام الاقطاعى الى البلاد الانجليزية . اما كيفية انفاذه على الأراضى والأفراد فيها ، فان الانجليز الذين قاوموا الفاتح صودرت أملاكهم واقطعت الى نورمنديين ، أما الذين لم تقع منهم مقاومة فقد استبقوا أراضيهم بعد دفع غرامة للملك فأصبحوا وكأنهم استمدوا حيازتهم منه ، وقد استمر خلفاء وليم الفاتح على هذه السياسة فى الجهات التى فتحوها فى الجزيرة البريطانية بعد وفاته (١) .

— ٢ —

النظام القضائى

ترتب على تغيير نظام الأراضى تغيير فى النظام القضائى يتفق مع الحالة الجديدة، فحلت محاكم النبلاء وتابعيهم فى مكان المحاكم الشعبية المحلية لأن الأرض الممنوحة الى شخص تتضمن الخضوع لقضاء رئيسه ، وأصبحت المحاكم الاقطاعية على نسق متدرج وعلى رأسها محكمة الملك للفصل بين النبلاء ولمحاكمة من يعتدى على الملك ومن يخل بأمان الملك ، وقد قرر وليم الفاتح ان يجعل هذا الأمان شاملا جميع الرجال الذين دخلوا معه البلاد . بعد ان كان قاصرا فى العصر السابق على من فى بيت الملك (٢) .

وقد ترتب على هذا النظام القضائى الجديد تطور خطير فى القواعد القضائية والقانونية كما يتبين من التفصيلات الآتية : —

١ — اتسعت دائرة القضاء الملكى عما كان عليه فى العصر الانجلوسكسونى، وان كان فى الواقع مقصورا على كبار الأفراد وكبرى الدعاوى ، وصار بالتدريج قضاء عاديا — الى جانب الجهات القضائية الأخرى — بعد أن كان قضاء

---

(١) Lee ص ٤٥٧ .

(٢) King's Peace راجع Pollock & Maitland جزء ثان ص ٤٦٤ .

استثنائيا . فاتخذ الملك لنفسه سلطة نظر المنازعات فى محكمته التى كانت تنعقد فى فترات نادرة من العام ، وأخذ يبعث مندوبا عنه من النبلاء لرئاسة محاكم المقاطعات ، ويتقبل استئناف أحكام المحاكم الاقطاعيــة ، ويستولى على رسوم القضايا التى ترفع الى موظفه الادارى فى الأقاليم [١] ، وكان هذا كله تمهيدا لمزاحمة سلطات القضاء الأخرى من دينيــة واقطاعية وللانفراد بعــد ذلك بالشئون القضائية كما سنرى فى الفصل التالى .

٢ — كان عهد النظام الاقطاعى عهد فروسية وشجاعة يلجأ فيه الى المبارزة فى كل أمر ، يأخذ بها الشخص حقه و ينتقم بهــا من خصمه ، وكان من نتيجة ادخال القضاء الاقطاعى ان أصبحت اجراءات التحقيق والمحــاكمة تتم بتجربة المبارزة [٢] ، فى المسائل المدنية والجنائية بدلا من التجارب السابق ذكرها فى العهد الانجلوسكسونى [٣] . وهى معركة حقيقية تحصل أمام المحكمة باجراءات معينة بين المدعى والمتهم ، ومن يهزم يخسر الدعوى . أما فى جرائم القتل فاذا هزم المدعى حكم عليه بالغرامــة والوصمة و برىء المتهــم ، واذا هزم المتهم قتل ان لم يكن قد مات فى المبارزة . وقد استمر هذا النظام فى القتل بانجلترا نظريا حتى ألغى بقانون صدر فى أوائل القرن التاسع عشر عقب المطالبة به من متهم فى قضية قتل باعتباره حقا قانونيا له لمعرفة براءته من ادانته [٤] .

٣ — الفصل بين الاختصاص الدينى والاختصاص المدنى فى القضاء . وقد

---

(١) Pollock & Maitland جزء أول ص ١٠٨ — ١١٠ كذلك Lee ص ٤٦٢ .

(٢) Wager of Battle, Trial by duel, Ordeal of Battle .

(٣) على أن التجارب القديمة بقيت متبعة مع تجربة المبارزة مدة من الزمن — راجع Pollock & Maitland جزء أول ص ٧٤ .

(٤) وذلك فى سنة ١٨١٧ ، ولما رفض صاحب الدعوى المبارزة قضى ببراءة المتهم — فألغى نظام المبارزة قانونا بعد عامين من هذه الحادثة — راجع Deans ص ٣١ وما بعدها.

كان رجال الكنيسة فى العصر السابق يجلسون فى المحاكم الشعبية المحلية . فتشكلت فى هذا العصر محاكم خاصة للكنيسة يرأسها الاساقفة ، وتطبق قانون الكنيسة المستمد من أوامر البابا ومن بعض المبادىء الرومانية . وجعل اختصاصها شاملا لقضايا رجال الدين المدنية والجنائية ، وللأمور التى تتعلق بعلاج الروح [١] بين الاهالى ، مثل الزواج والطلاق والالحاد والخطايا الدينية كالاعتداء على الدين أو على المعابد . وسنرى كيف توسعت المحاكم الدينية فى اختصاصها اعتمادا على فكرة علاج الروح فى العصور المقبلة ، ثم كيف اضمحل نفوذها فى النهاية .

٤ — تغير نظام الميراث فى الأراضى . فبعد ان كانت قبل ذلك العهد تقسم بالتساوى على الأولاد الذكور أصبحت تؤول كلها الى أكبر أولاده . وهذا نتيجة من نتائج النظام الاقطاعى حتى تنحصر المسئوليات المترتبة عليه فى شخص واحد أمام متبوعه ، وحتى يضمن أداء الخدمات الحربية التى يطلبها . وتسمى هذه الطريقة ميراث البكر أو أول خلف [٢] .

— ٣ —

عهد هنرى الثانى

١١٤٩ — ١١٨٩

وهو العهد الذى بدأ فيه تهذيب القانون الانجليزى وتنظيم اجراءاته ومبادئه ، فقد نشأ فيه نظام المحلفين للفصل فى القضايا المدنية والجنائية بصورة تقرب من الحالة الحاضرة ، ونظمت فيه عدة محاكم للملك بعضها ثابت فى مقر ملكه وبعضها متنقل فى ارجاء مملكته ، ثم وضعت اجراءات الاعلانات

---

(١) Jenks-Cure of the soul ص ٢١ و Lee ص ٤٥٩ .

(٢) Primogeniture أنظر Jenks ص ٣٥ — وانظر كذلك Maine, Ancient Law ص ٢٤٦ .

الـكتابية تصدر من محاكم الملك للفصل فى القضايا . وقد تم هذا التطور بغير تشريع بل بالاسلوب الادارى .

١ — نظام المحلفين

كان أول الاصلاحات ادخال نظام المحلفين فى الدعاوى ، وهو النظام الذى بقى الى الآن سائدا فى دول العصر الحديث . وهم أفراد منتخبون من الشعب ، يجلسون مع القاضى لسماع القضية ويبدون له رأيهم فى وقائعها ، وهو ملزم باتباعه فى الحكم الذى يصدره ، بعد ان يطبق الوقائع التى يرون ثبوتها على المبادىء القانونية المعروفة لديه .

وقد اختلفت الآراء والأبحاث فى أصل هذا النظام . والرأى الراجح انه يرجع الى الفرنك منذ عهد الامبراطور شارلمان ، الذى كان يرسل مبعوثين [١] من قبله فى ارجاء الامبراطورية ، للتحقيق فى سلوك الموظفين وفى بعض الجرائم الهامة . وكان المبعوثون يستحضرون بعض الأهالى من الجهة التى يذهبون اليها ، وبعد تحليفهم يسمعون أقوالهم عما ارتكب من الجرائم وعما يصح ان يحكم به على الذين ارتكبوها ، فكان هؤلاء المحلفون يتهمون ويحكمون فى وقت واحد . وكان العمل بهذه الاجراءات امتيازا خاصا للملك أو الامبراطور يتدخل به فى أية قضية ، بصرف النظر عن اختصاص المحاكم الاقطاعية المحليـة ، وقد اتخذته محاكم التفتيش الدينية امتيازا لها بعد ذلك فى أوربا فى خلال القرون الوسطى .

أخذ النورمان عن الفرنك هذا النظام وعملوا به فى انجلترا ، واتخذه الملك وسيلة لتقوية مركزه على النبلاء وتأييد حقوقه ، بحيث ان له ان يتخطى اختصاصهم ويتولى الفصل بهذه الطريقة فى أية قضية تقع فى المملـكة ، كما حدث أحيانا فى

---

(١) Missi — راجع تفصيل هذا الرأى فى Lee ص ٤٦٦ . وكذلك بولوك وميتلاند — جزء أول ص ١٤٠ .

بعض المنازعات الهامة عن الأراضى . على أن العمل به كان فى ظروف استثنائية نادرة ، لكن هذا النظام قد اتسع فى نطاقه منذ عهد هنرى الثانى ، حتى أصبح نظاما عاما عاديا . ويرجع سبب ذلك الى النتائج الظالمة التى كانت تنشأ من الفصل فى القضايا بطريق المبارزة اذا كان أحد الخصمين ضعيفا أو فقيرا ، فأحله مكان المبارزة فى مثل هذه الأحوال [(١)] . كذلك عمل بهذا النظام فى محاكمة المجرمين فى جرائم الخيانة أو الاعتداء على شخص الملك أو أمواله أو الاخلال بأمانه ، لأن الملك فى كل هذه الجرائم يعتبر خصما للمتهم ، وليس للفرد أن يبارز الملك [(٢)] .

وقد تقرر اتباع هذا النظام فى العصور التالية عند الفصل فى نزاع الأراضى ولو كانت أمام محاكم النبلاء ، ثم ازداد شأنه حتى أصبح النظام الوحيد المعمول به أمام المحاكم [(٣)] .

وكانت المحكمة هى التى تختار المحلفين من بين أهالى الجيرة وممن لهم صلة بالقضية ومعرفة بظروفها ، ولم يكن العدد محددا ثم حدد قانونا فى ذلك العهد باثنى عشر رجلا . ولم يكن هذا النظام اجباريا على المتهم فى جريمة ، انما اذا رفض المحاكمة به عذب بوضع أثقال عليه حتى يقبله أو يموت [(٤)] .

٢ — تعدد المحاكم الملكية

كان للملك فى جهات المملكة مندوب ادارى ، يسمى « شريف [(٥)] » ،

---

(١) Lee ص ٤٦٧ وقد كان للضعيف أن يؤجر غيره للمبارزة بدلا منه Deans ص ٣١

(٢) Deans ص ٢١ وص ٣٤ .

(٣) Jenks ص ٤٩ .

(٤) Deans ص ٣٤ .

(٥) Sheriff وهو موظف ملكى فى المقاطعة County ولا علاقة له بالنبيل الذى يتزعمها ، يرجع الأمر فى تعيينه وفصله الى الملك ، وهو حاكم المقاطعة الادارى ورئيس قواتها الحربية ، ورئيس محكمتها ، ومسئول أمام الخزانة الملكية عن الضرائب المقررة على أفراد دائرته ، وليست وظيفته وراثية ولا انتخابية ، وانما كان له نفوذ خطير بين الناس . وقد أخذ منذ =

لجمع العوائد والضرائب ، وكان له بعض اختصاص قضائى اتخذه سبيلا للظ
والارتشاء ، فتقرر ارسـال قضاة فنيين موثوق بهم من الملك يتنقلون فى البـلا
للفصـل فيما يعرض عليهم من القضايا ، وترتب على ذلك شىء من السـعة فى
إختصاص القضاء الملـكى . وفضلا عن ذلك فقد أنشىء من محكمة الملك فى
العاصمة ثلاث محاكم : وهى المحـكمة المالية للفصل فى مسائل الضرائب ، ومحكمة
« منصة الملك » للقضايا الجنائية ، ومحكمة « الدعاوى المدنية » لما يعرض عليها من
المنازعات المدنية [١]. وهى محاكم منفصلة عن المجلس الملـكى الاستشارى الذى
يرأسه المستشار ، والذى لم يكن له فى ذلك العهد اختصاص قضائى .

وعلى ذلك أصبح للقضاء فى انجلترا محاكم ملـكية منظمة ، الى جانب المحاكم
الكنسية ومحاكم النبلاء الاقطاعية والمحاكم المحلية التى لا زال باقيا منها محاكم
المقاطعات [٢] ، وسنرى بعد كيف تغلبت محاكم الملك على أنواع المحاكم الأخرى
واستأثرت بالسلطة القضائية دونها .

٣ — نظام الاعلانات الكتابية

يرجع أصل هذا النظام الى التقليد الملـكى فى ارسال أوامر مكتوبة [٣] ،
صادرة من المستشار الى موظـفى الملك الاداريين لجمـع الضرائب من الأهالى ،
وذلك فى مبدأ الفتح النورمندى . ثم استعملت فى هذا العهد كأوامر ملـكية
صادرة الى الموظف الادارى ، بناء على طلب صاحب الشكوى ، لاحضار المشكو

= القرن الثالث عشر يفقد بعض سلطاته لقيام وظائف أخرى الى جانبه لحفظ الأمن وادارة العدل. وأصـل اسمه فى القديم Shirreves أو vice-comitis وهو يفيد فى معناه مساعدة نبيل المقاطعة فى ادارتها — أنظر بولوك وميتلاند — جزء أول ص ٥٣٣ وما بعدها .

(١) واسماء هذه المحاكم الثلاث هى:
Court of Exchequer, King's Bench, Court of Common Pleas

(٢) County Courts — راجع Lee ص ٤٦٨ .

(٣) Written act ثم أوجز الاسم فأصبح Writ .

أمام محكمة الملك للفصل فى النزاع . وهذا الأمر المكتوب يحتوى على ملخص الدعوى [1] . فحل محل الاعلان الشفوى الذى كان يصدر من الخصم الى خصمه باجراءات وأوضاع شكلية اذا أخطأ فيها سقطت دعواه ، واذا صحت فلم تكن ملزمة للخصم الآخر بالحضور اذا شعر فى نفسه القوة على خصمه . اما الاعلان الكتابى الصادر الى الموظف الادارى ففيه شىء من الالزام على المدعى عليه بالحضور ، لتأثيره الأدبى ان كانت الدعوى مدنية [2] ، ولخطر القبض عليه ان كانت الدعوى عن جريمة مخلة بأمان الملك .

وقد نظمت الصيغ التى تكتب بها هذه الاعلانات ، فأصبح لكل دعوى صيغة خاصة تقررت بحكم العادة فى المرات التى رفعت فيها ، فان عرضت شكوى جديدة لم يسبق صدور اعلان من نوعها وضعت صيغة جديدة تصبح مع الوقت وتكرارها عادة ثابتة . وبهذه الطريقة نشأت فى هذا العصر والعصور اللاحقة مبادىء قانونية جديدة واصلاحات فى الاجراءات القضائية ، بدون أن تصدر بها قرارات تشريعية ، وانما بالصورة التى عمل بها الحاكم القضائى فى قانون الرومان . ومن أمثلة ذلك انشاء اعلانات خاصة باحترام وضع اليد بصرف النظر عن حق الملكية، ومن هنا بدء التفريق بين وضع اليد وبين الملكية ، واعتبر الاعتداء على حيازة الغير جريمة مخلة بامان الملك [3] ، ولم يكن شىء من ذلك فى العهد السابق .

---

(١) brief وهو يقابل البرنامج formule عند البريتور الرومانى .

(٢) وللموظف الادارى أن يتخذ معه طرقا ادارية لحمله على التوجه للمحكمة ، بأن يحصل منه على ضمان لذلك ، فان تخلف بعد هذا أجرى الحجز على بعض أمواله ، وان أصر بعد هذا على التخلف فلا سبيل عليه الا باتخاذ الاجراءات التى يصبح بها فى عداد « الخارجين على القانون » outlaw وهى اجراءات طويلة معقدة — Jenks ص ١٧١ .

(٣) اسم الجريمة Trespass والاعلان الصادر عنها Writ of Trespass ، راجع تفصيلات أصل الاعلان وتطوره فى Jenks ص ٤٣ — ٥٥ و Deans ص ١٩ ، ٢٩ ، ٤٦ و Lee ص ٤٧٢ .

— ٤ —

مصادر القانون في هذا العصر

حرص الفاتحون على مملكتهم الجديدة وأعملوا فيها مهارتهم الادارية والسياسية التى اكتسبوها من اتصالهم بفرنسا والقارة الأوروبية ، حتى نمت ثروة البلاد وتقدمت نحو الحضارة ، وأصبحت التقاليد القانونية القديمة غير صالحة لضبط الأحوال الجديدة . فأسسوا بالتدريج قانونا قوميا مبنيا بعضه على التقاليد الأهلية والبعض الثانى على بعض الدساتير الملكية والبعض الثالث على نظم أجنبية طبقا للتفصيل الآتى .

كانت المحاكم المحلية والمحاكم الاقطاعية تتبع فى أحكامها تقاليد البلاد القديمة ، وهى تقاليد غامضة غير ثابتة تختلف باختلاف الأماكن والطبقات . وكانت المحاكم الكنسية تطبق فى قضاياها قواعد القانون الكنسى المستمد من القرارات الدينية ومن بعض مبادىء القانون الرومانى.

أما المحاكم الملكية فقد كانت القواعد القانونية المتبعة لديها مستقاة من المصادر الآتية : —

١ — بعض التقاليد العامة السارية على جميع البلاد أو المنسوبة الى ملوك العصر السابق على الفتح النورمندى ، وقد كانت سياسة وليم الفاتح — ولم يكن لديه قانون نورمندى خاص — ألا يحدث انقلابا قانونيا أو أن يسلط على رعاياه الجدد مدونة قانونية أجنبية ، بل أن يقنعهم بأنه الوارث الشرعى لعرش سلفه الملك ادوارد ، وقد دعاه ذلك الى التعهد باحترام قوانين البلاد وتقاليدها . وقد وضعت فى عهده بعض مجموعات قانونية خاصة بواسطة موظفيه بزعم انها قوانين ادوارد ، ولم تثبت صحة هذا الزعم [١] .

(١) Jenks ص ١٧ .

٢ — بعض الدساتير والوثائق والقرارات الملكية التى كانت تصدر من وقت الى آخر ، فقد كان الملوك الفاتحون أقوى سطوة من أسلافهم ، وكان من الطبيعى أن يسعى رعاياهم الى الحصول منهم على منح أو عهود رسمية اقرارا بحقوقهم أو مطالبهم ، ولذلك تميز هذا العصر بصدور الوثائق الملكية (١) من عدة ملوك ، ينظمون بها المسائل التى اختلفت فيها وجهة النظر بين الملك وطبقات شعبه ، سواء أكان ذلك فى النظم السياسية أم فى النظم القضائية ، وتحتوى كثير من نصوصها على مبادىء قانونية . وقد عرفنا شيئا عن بعض هذه الوثائق والدساتير فى البحث الأول (٢) .

٣ — سجلات المبادىء التى احتوت عليها الاعلانات الكتابية والأحكام التى صدرت من المحاكم الملكية ، وهى تتضمن التقاليد القانونية التى أقرتها هذه المحاكم . وكانت الاعلانات الكتابية كما تقدم عاملا خطيرا فى تكوين القانون العادى وتعتبر سجلاتها مرجع هذا القانون . وكذلك أصبحت أحكام المحاكم مع الزمن مصدرا قانونيا بالمعنى الصحيح ، واكتسبت المبادىء القضائية قوة تعادل فى نفوذها قوة النصوص التشريعية ، ولذلك كان لها أكبر الأثر فى تطور القانون الانجليزى (٣) .

٤ — المبادى الفقهية التى وضعها بعض كبار القضاة الذين اشتغلوا بتأليف القواعد وبحثها . وقد انفرد هذا العصر بعالمين كان لكتبهما تأثير واسع فى تكوين الفقه عند الانجليز وفى الوقوف على أحكام العصر وتقاليده واجراءاته .

---

(١) Charters — أنظر Jenks ص ٢٢ .

(٢) راجع ص ٩٧ .

(٣) Lee ص ٤٧٦ و٤٨١ ، Jenks ص ٤٥ — ويطلق على هذه السجلات records أو rolls .

الأول « جلانفيل »[١] ، الذى كان رئيس القضاة فى عهد هنرى الثانى ، وضع كتابا يعتبر وصفا لحالة القانون المتبع فى محاكم الملك ، وهو يبين قواعد الاجراءات والدعاوى المدنية والجنائية ، وقد تجاوز أثره بلاد انجلترا وصار أساسا للقضاء والفقه فى اسكوتلاندا وايرلندا . والثانى « براكتون »[٢] ، الذى كان قاضيا فى محكمة « منصة الملك » فى عهد هنرى الثالث ، وهو يعد مؤسس العلم القانونى فى انجلترا ، فقد وضع كتابا تناول فيه الاجراءات والمبادىء الموضوعية معا ، وقد قيل بأنه — نظرا لاطلاع صاحبه على كتب الفقه الرومانية والكنسية — يحتوى على كثير من المبادىء المستعارة من قوانين جستنيان[٣] ، ولكن الرأى الراجح بين المؤرخين أنه انجليزى فى محتواه ، ولو أنه رومانى فى أسلوبه وعبارته[٤] .

٥ — مبادىء القانون الرومانى التى تسربت الى المحاكم بفضل الدراسة البولونية ، وقد بدأت هذه الدراسة فى غرب أوروبا فى العهد الذى حدث فيه الفتح النورمندى ، ولم تلبث ان امتدت الى البلاد الانجليزية ، اذ درس بعض الانجليز الفقه الرومانى فى بولونيا ، وحضر بعض العلماء الايطاليين الى انجلترا لتدريس القانون الرومانى فى جامعة اكسفورد[٥] . وكان الاقبال على تلقى الفقه

---

(١) Glanvill واسم كتابه Tractatus de Legibus وتاريخ وضعه سنة ١١٨٧ — أنظر Lee ص ٤٧٥ — ٤٧٦ .

(٢) Bacton وتأليف كتابه حوالى سنة ١٢٥٦ .

(٣) Lee ص ٤٨٦ .

(٤) Pollock & Maitland, V. I, p. 207 وكذلك Jenks ص ٢٥ .

(٥) ممن درسوا من الانجليز فى بولونيا « توماس » Thomas الذى أصبح بعد ذلك مستشارا ، وممن علموا القانون الرومانى فى انجلترا العالم الايطالى الشهير « فاكاريوس » Vacarius — وعلاوة على الدراسة العلمية فقد كان أول ملك نورمندى فى انجلترا يستخدم فى مشورته عالما ايطاليا اسمه Lanfrancs — راجع بولوك وميتلاند — جزء أول — ص ١١٧ — ١١٨ .

الجديد شديدا الى درجة أقلقت ملكا انجليزيا متدينا [١] ، فأصدر أمرا يحظر تدريسه فى مدارس لندن . ولم يكن القانون الرومانى معترفا به رسميا ، وانما كان فى موضع الاحترام والتقدير من نفوس رجال القانون ، ومصدرا خفيا يستمد منه القضاة أحكامهم بصورة غير مباشرة ليسدوا بها ما نقص من تقاليد البلاد ومن أوامر الملوك . بل ثبت عند فقهاء هذا العصر وقضاته — ومن بينهم « براكتون » الذى سبق الكلام عنه — رأى بأن القانون الرومانى قانون عام لبلاد العالم المسيحى ما دام غير متعارض مع القوانين الخاصة فى بلد منها [٢] .

---

(١) وهو هنرى الثالث فى سنة ١٢٣٤ . Jenks ص ٢٠ .

(٢) Lee ص ٤٨٩ .

الفصل الثـالث

تطور القانون الانجليزى

١ — تغلب القضاء الملكى على سائر المحاكم ، ٢ — ظهور قانون العدالة وتغلبه على القانون العادى ، ٣ — مصير القانون الانجليزى فى العصر الحديث .

تم بانتهاء العصر السابق وصفه انشاء النظم الأساسية فى الجزيرة بعد فتحها ، سواء كانت نظما سياسية أو قضائية ، وتكونت أصول القانون العادى ومصادره . وهى فى ذاتها تحتوى على عناصر التطور وعوامل التهـذيب ، لأن من طبيعة السلطات القضائية اذا تعددت أن يغالب بعضها بعضا طمعا فى الانفراد بولاية القضاء وفى الاستئثار بموارده المالية . ولان من طبيعة القواعد التقليدية والاجراءات العتيقة — التى احتواها القانون فى عهد تكوينه — أن تتعدل وتتهذب مع تغير حالة المجتمع وتقدمه نحو المدنية . ولذلك فان التطور الذى حـدث فى القانون الانجليزى سار فى مرحلتين ، المرحلة الأولى هى التى غالب فيها القضاء الملـكى جهات القضاء الأخرى وانتهى بالتغلب عليها و بتوحيد السلطة القضائية فى البلاد ، والمرحلة الثانية هى التى ظهر فيها قانون جديد يتفق مع العدل الى جانب القانون العادى وانتصر عليه . فالمرحلة الأولى خاصة بتطور النظم القضائية ، والثانية خاصة بتطور المبادىء القانونية ، وتـكاد تـكون هاتان المرحلتان متوازيتين فى سـيرهما التاريخى ، ولئن كانت الأولى أقدم فى بدئها عهدا فقد ختمت كل منهما نهائيا فى العصر الحديث خلال القرن التاسع عشر .

وسيكون كل منهما موضع الدراسة فى هذا الفصل الذى ينتهى بكلمة عن مصير القانون الانجليزى فى العصر الحديث

— ١ —

تغلب القضاء الملكى

ان النظام السائد فى دول العصر الحديث هو استقرار ادارة القضاء على نسق واحد فى جميع جهات الدولة ، مركزة فى يد سلطة واحدة وهى الملك أو رئيس الدولة . هذا النظام لم يأت عفوا وانما كان نتيجة عراك طويل بين القوى المتنافسة فى كل مملكة من ممالك القرون الوسطى ، وأوضح مثل لهذه المنافسة نجده فى تاريخ القانون الانجليزى .

١ — وصف عام

بعد أن استتب الفتح النورمندى كان القضاء فى انجلترا موزعا على السلطات الآتية : —

١ — محاكم النبلاء المترتبة على النظام الاقطاعى ، تفصل فى القضايا بين التابعين لهم بطريق المبارزة بين الخصمين ، وفى بعض الأحوال بحضور محلفين من اتباع النبيل مثل نزاع الأراضى .

٢ — محاكم الكنيسة ، وقد صار لها اختصاص واسع فى المسائل المدنية والجنائية : منها ما يختص بعلاج الروح ، وقد اتسعت دائرته ، كالخطايا على الدين والحنث باليمين والربا والقذف والزواج والطلاق والبنوة الشرعية ، ومنها كل نزاع يكون فيه أحد الأخصام من رجال الدين .

٣ — المحاكم الملكية ، تنظر فيما يعرض عليها من المسائل المدنية والجنائية متبعة نظام المحلفين ، وتختص اجبارا بمحاكمة كل شخص ارتكب جريمة مخلة بأمان الملك كالقتل ، والاعتداء والسرقة بالقوة ، والخيانة العظمى . وتطبق القانون العادى .

٤ — المحاكم المحلية أو الشعبية ، تفصل فى الدعاوى التى ترفع اليها طبقا للاجراءات والتقاليد القديمة المتبعة فى دائرة كل منها .

٥ — المحاكم التجارية ، وهى محاكم خاصة بالتجار امتيازا لهم ومكونة من الجماعات التجارية ، للفصل فى منازعاتهم طبقا للتقاليد والقوانين التجارية المتبعة بينهم ، لا طبقا للقانون العادى .

وسنرى بعد ذلك كيف استأثرت محاكم الملك بالاختصاص القضائى دون المحاكم الأخرى ، حتى تأيد نظام الحكم وتم اخضاع الأفراد جميعا لسلطة قضائية واحدة كما هو الأمر فى العصر الحديث . وقبل بيان الوسائل التى تغلبت بها المحاكم الملكية على المحاكم الاقطاعية والكنسية ، نأتى من الآن بكلمة عن كيفية انقراض القضاء المحلى والقضاء التجارى .

أما القضاء المحلى فقد زالت محكمة المائة عقب الفتح النورمندى وعند تثبيت النظام الاقطاعى وقضائه ، وبقيت محكمة المقاطعة [١] وتولى رئاستها الموظف الملكى الادارى ، للفصل فى المنازعات وحوادث الاعتداء البسيطة ، فاكتسبت صفة المحاكم الملكية ، وظلت كذلك حتى رتبت على نظام جديد فى القرن التاسع عشر .

وأما المحاكم التجارية فقد كانت امتيازا لطبقة التجار ، فلما اتسعت ميادين التجارة وتكاثر المحترفون بها لم يعد لهذا الامتياز القضائى محل ونقل اختصاصه تدريجيا الى المحاكم الملكية ، وتم ذلك نهائيا فى منتصف القرن الثامن عشر ، وأنشئت من بين محاكم الملك محكمة للفصل فى القضايا التجارية [٢] .

---

(١) County Court .

(٢) راجع Jenks ص ٧٣ — ٧٥ وكذلك Deans ص ١٣٦ .

٢ — المحاكم الاقطاعية

استعانت محاكم الملك فى التغلب على محاكم النبلاء بعدة وسائل نزعت بها ولايتها القضائية ، وأهم هذه الوسائل ثلاث ، التوسع فى فكرة أمان الملك ، والحيل القانونية ، والتدخل فى منازعات الأراضى .

١ — **أمان الملك** — وهو نظام قائم فى البلاد منذالعصرالانجلوسكسونى، وانما كان ينشىء حماية خاصة لا عامة ، مقصورة فى الأصل على بيت الملك ، فمن اعتدى على أحد فيه أو على أحد من حاشيته فقد أخل بأمانه ، وأصبحت حياته تحت رحمته الا اذا افتدى نفسه بغرامة يدفعها اليه ، وكذلك حال من ارتكب جريمة أو خيانة نحو شخص الملك . ولم يتسع أمان الملك لغير ذلك قبل الفتح النورمندى ، الا باعلان شموله كل البلاد فى أيام الأعياد من كل عام ، و بجعله ساريا على بلد خاص فى بعض الأحيان . وكان هذا النظام أساس القضاء الملكى فى المسائل الجنائية اذ يصبح المجرم خصما للملك ويحاكم أمام قضاة الملك. ولكن هذه الفكرة الخاصة القاصرة صارت بالتدريج بعد الفتح النورمندى فكرة عامة شاملة جميع البلاد وفى كل الأوقات . وقد مهد لها وليم الفاتح هذا السبيل بأن جعلها شاملة لجنوده ورجاله الذين استحضرهم الى البلاد المفتوحة ، وبأن جعلها بعد تتويجه عامة على كل اعتداء بالقوة فى ارجاء المملكة . ثم استغلها الملوك ومحاكم الملك فى العهود اللاحقة لنزع الجرائم من اختصاص المحاكم الاقطاعية باعتبارها جرائم مخلة بأمان الملك الذى أصبح مصدر العدل وحارسا على الأمن فى البلاد . ولم يكن هذا مقصورا على الجرائم الكبرى [١] التى يعاقب عليها بالاعدام والمصادرة ، كالخيانة العظمى والقتل والحريق العمد والسطو وتزييف النقود

---

(١) felonies .

واغتصاب الأناث والجرائم غير الطبيعية والانتحار، بل امتد الى الجرائم الصغيرة [١] التى يعاقب عليها بالحبس و بالغرامة ، كالاعتداء على الأشخاص والتزوير وشهادة الزور وجرائم الاعتداء على المال وعلى حيازة الأراضى .

وكما كان التوسع فى أمان الملك وسيلة لتغلب القضاء الملكى فى الجرائم، كان سببا فى تطور من نوع آخر، وهو القضاء على نظام المبارزة فى المحاكمات الجنائية بعد ان كانت عنصرا من عناصر القضاء الاقطاعى ، لأن الجريمة تجعل الملك خصما للمتهم فى الدعوى الجنائية وليس للمتهم أن يبارز الملك المدعى. ولعل بعض المبادىء الجنائية المتبعة فى القانون الانجليزى راجعة فى أصلها الى فكرة أمان الملك ، مثل حق الملك فى العفو عن الجريمة كما كان للمعتدى عليه فى العهد القديم ان يتنازل عن الجزاء ، ومثل المبدأ الحديث القاضى بأن رضى المجنى عليه بالجريمة لا يسقط الدعوى الجنائية لأن الملك يصبح بالجريمة مجنيا عليه كذلك وله المطالبة بعقاب المجرم رغم رضاء من أصابته مباشرة بالضرر [٢] .

٢ — **الحيل القانونية** — كانت الحيل القانونية من الوسائل الفعالة فى توسيع اختصاص المحاكم الملكية فى المسائل المدنية على حساب المحاكم الأخرى ، وذلك بالزام المدعى عليه بالحضور أمامها بعد أن كان غير مكره على اجابة الاعلان الا بوسائل ادارية قد لا تكون مثمرة . وقد بلغ استعمال الحيل فى المحاكم الملكية الثلاث الى درجة التنافس بينها فى هذا المضمار رغبة فى زيادة دخلها من الرسوم القضائية ، ويرجع هذا التنافس الى أن القضاة والموظفين فى كل محكمة لم يكن لهم مرتبات محدودة فى ذلك العهد بل كانوا يتقاضون أجورهم بحسب ما يصل اليهم

---

(١) misdemeanors ويطلق عليها أيضا trespasses وهو الاسم الذى يطلق على جرائم الاعتداء على الأموال — راجع Jenks ص ٤١ ، ٥٣ ، ١٥٢ .

(٢) راجع Deans ص ٦ ، ٢٠ ، ١٩٧ وما بعدها .

من الرسوم [١] . فتسابقت محكمة « منصة الملك » المختصة بالجرائم و « محكمة الخزانة » المختصة بالضرائب الى الحيلة فى نظر الدعاوى المدنية فى الديون . الأولى تفترض فى اعلانها المبلغ الى المدعى عليـه من طريق مدير المقاطعة أنه اعتدى على المدعى بجريمة مخلة بأمان الملك وانه يجب القبض عليه للمثول أمام المحكمة ، وبذلك يصبح فى حراسة « أمين الملك » وهو الضابط المكلف بالمحافظة على المتهمين فى المحكمة ، وحينئذ تصح مطالبته بالدين أمامها . والثانية تفترض فى اعلانها ان المدعى عليه عطل سداد الضريبة المقررة على المدعى بعدم وفائه بدينه . ولم تقف « محكمة الدعاوى المدنية » ساكتة ازاء اعتداء المحكمتين الجنائية والمالية على اختصاصها ، وهى الوحيدة التى لا تستطيع اكراه المدعى عليه على مواجهتها ، فادعت لنفسها اختصاصا جنائيا فى جرائم الاعتداء على الأموال ، واتخذت منه حيلة فى اعلانها تماثل حيلة المحكمة الجنائية ، تستحضر بها المدعى عليه رغم أنفه لمطالبته لديها بالديون أو بأية دعوى مدنية أخرى [٢] .

٣ — **التدخل فى منازعات الأراضى** — كان المبدأ العام ان النزاع الخاص بالأراضى الاقطاعية ينظر فى محاكم النبلاء ، ثم كان من بين اصلاحات هنرى الثانى أن تقرر أن لا ترفع دعاوى الأراضى حتى أمام المحاكم الاقطاعية الا بناء على اعلان ملكى ، وأن للمدعى عليه رفض المبارزة أمام محكمة النبيل ونقل الدعوى منها الى محكمة من المحلفين يعينهم مدير المقاطعـة . وقد فتحت هـذه الاجراءات بابا لتدخل السلطات فيما اختصت به المحاكم الاقطاعية . ثم سار هذا التدخل خطوات أخرى . فقد كان النظر فى دعوى الأراضى مقصورا على تعرف

---

(١) Deans ص ١٦٧ .

(٢) أنظر تفصيلات هذه الحيل فى Jenks ص ١٦٩ — ١٧٤ و Deans ص ١٦٧ — ١٧٠ .

المالك أو صاحب الحق ولا يتعرض للحيازة بحيث ان من اغتصبت منه الأرض لا يستطيع رد حيازته عليها ما لم يثبت ملـكيته ، فتقرر أن تنظر دعاوى الحيازة أمام محاكم الملك قبل أن يفصل فى دعوى الملـكية أمام محاكم النبلاء ، ولـكن محاكم الملك كانت اذا نظرت الحيازة تبحث فى الواقع الملكية وتقضى بالحيـازة للمالك ، والذى مكن فى اختصاص محاكم الملك أن الاعتداء على الحيازة أصبح فى عداد الجرائم المخلة بأمان الملك .

هذا التوسع فى سلطان المحاكم الملـكية حد من اختصاص المحاكم الاقطاعية وحرم النبلاء من ايرادهم القضائى ، وكان ذلك من أسـباب ثورتهم على الملك «جون» واستصدار «الوثيقة العظمى» التى ألغى بها اختصاصه فى منازعات الأراضى. على ان محاكم الملك استمرت بعد ذلك فى نظر ما يرفع اليها من هـذه الدعاوى مستترة بحيلة يصفها المؤرخون « بالحيلة الفاضحة » [١] ، وهى افتراض أن اللورد تخلى عن الفصل فى القضية ، وتأيدت هذه الحالة بقانون صدر فى القرن الرابع عشر بأن أى رعيـة غير ملزم بالالتجاء الى محاكم النبلاء أو بالحضور أمامها فى الأمور الخاصة بأراضيه . ولم يبق بعـد ذلك لمحكمة اللورد من الاختصاص فى مسائل الأراضى الا المنازعات بين اتباعه الملحقين بالأراضى عنده ، وهم نوع من الرقيق الزراعى [٢] . وفى القرن الخامس عشر ، عقب حرب أهلية ، الغى نظام الملحقين بالأراضى وصارت لهم حرية كاملة وحماية قانونية بحيث لو طردهم سيدهم من الأرض اعتبر ذلك جريمة [٣] .

بهذه الوسائل الثلاث المتقدمة تمكنت محاكم الملك من ابتلاع اختصاص

---

(١) glaring fiction أنظر Jenks ص ٥١ .

(٢) Colons, Serfs, serfdom .

(٣) راجع فيما تقدم Jenks ص ٤٩ — ٥٢ .

المحاكم الاقطاعية فى الجرائم وفى الديون المدنية وفى دعاوى الأراضى .

٣ — المحاكم الكنسية

عرفنا كيف نشأت هذه المحاكم الدينية مستقلة عن المحاكم المدنية ، وكيف توسعت هذه المحاكم فى سلطتها توسعا كبير النطاق بسبب مرونة الاصطلاح الخاص « بعلاج الروح » ، فشملت الزواج والطلاق والهبة والوصية والحنث باليمين والقذف والغش والتزوير . . الخ ، وهى مع ذلك مختصة بالفصل فى كل نزاع جنائى أو مدنى يمس أحد رجال الكنيسة أو مصالحها أو أراضيها . وكان للكنيسة فوق ما تقدم امتيازان : الأول امتياز دينى[١] نشأ منذ القرن الثانى عشر يمنع من محاكمة رجال الدين أمام محاكم الملك اذا ارتكبوا جرائم ماسة بأمانه ، ويجعلها من اختصاص المحاكم الدينية . وقد زاد فى طغيان هذا الامتياز غموض التفرقة بين المدنيين ورجال الدين ، نظرا لتعدد درجات الأخيرين ولأنه كان يكفى لاعتبار المتهم منهم أن يكون قادرا على تلاوة آية باللاتينية من الانجيل فى المحكمة الملكية . وكان من فوائد هذا الامتياز نجاة المجرمين من قسوة عقوبات القانون فى هذا العهد . والثانى امتياز الحماية[٢] ، وهو أقدم عهدا ، يحمى المجرم من المحاكمة اذا لجأ الى احدى الأماكن الدينية ، بحيث لا يمكن للمجنى عليه ولا للسلطات الملكية الانتقام منه أو القبض عليه ومحاكمته ، والا كان فى ذلك انتهاك لحرمة الكنيسة .

أمام هذا الاتساع فى نفوذ الكنيسة واختصاص محاكمها احتدمت المنافسة بينها وبين محاكم الملك ، وأخذت السلطة المدنية تحارب السلطة الدينية شيئا فشيئا حتى انتزعت منها نفوذها القضائى بحيث أصبح قاصرا على الأمور الدينية البحتة .

---

(١) Benefit of Clergy .

(٢) Priviledge of Sanctuary .

بدأ ذلك بالغاء اختصاص المحاكم الكنسية فى نزاع الأراضى والديون فى القرن الثانى عشر بقرار تشريعى كما مر فى البحث الأول[١] ، ولكن الامتيازات الدينية لم تخف وطأتها الا بعد أن تولى البرلمان علاجها ، فقد ضيق بالتدريج نطاق امتياز رجال الدين فى الجرائم بتحديد درجات القسس الذين يملكون حق التمتع به ، ونطاق امتياز الحماية بتحديد الكنائس التى يصح التمسك بحمايتها ، حتى ألغى كل منهما نهائيا بقرار من البرلمان الأول فى سنة ١٥٣٠ والثانى فى سنة ١٦٢٣ .

وفى خلال ذلك كانت السلطات الزمنية تنتقص من اختصاص المحاكم الكنسية فى كثير من القضايا المدنية ، وانتقلت الى ولاية المحاكم الملكية التى أخذت تنظر فيها مع دفع جزء من الرسوم القضائية الى الكنيسة ، حتى فقدت محاكمها معظم اختصاصها المدنى ، ولكنها احتفظت بمسائل الزواج والوصية مدة طويلة ، ثم تقرر نزعها منها فى النصف الأخير من القرن التاسع عشر — أى فى سنة ١٨٥٧ — بقرار من البرلمان[٢] .

٤ — مصادر القانون

ننتهى من هذه المرحلة بكلمة وجيزة عن مصادر القانون الذى كانت تطبقه محاكم الملك فى خلال التطورات المتقدمة . اتخذت هذه المحاكم اسم محاكم القانون العادى ، نسبة الى القانون[٣] الذى قامت بتأويل أحكامه

---

(١) راجع ص ٩٧ من البحث الأول .

(٢) راجع تفصيلات ذلك فى Jenks ص ٧٤ وص ١٥٧ — ١٦١ — وكذلك Deans ص ١٥٣ ، ١٨٨ .

(٣) Common Law أى القانون العام على جميع البلاد ، وقيل بأن هذا الاسم مستعار من الاسم الذى كان يطلق على القانون الكنسى jus commune العام على جميع الكنائس فى البلاد ازاء القانون الخاص بكنيسة بلد أو دولة — شيرمان جزء أول ص ٣٥٤ — پولوك وميتلاند جزء أول ص ١٧٦ .

وانفاذها فى القضايا التى آلت اليها بدلا من الجهات القضائية الأخرى . وكانت تستمد قواعد هذا القانون العادى من المصادر التى ورد بيانها فى دراسة العهد السابق ، بعد أن أصبحت فى حالة أكثر ثباتا ووضوحا وأغزر مادة ، وأهمها سجلات السوابق القضائية التى احتوت على المبادىء التى أقرتها المحاكم فى اعلانات الدعاوى والأحكام التى صدرت منها ، وكانت محتويات هذه السجلات ذخيرة للقضاة يستمدون منها القواعد القديمة ويضيفون اليها القواعد الجديدة التى تدعو اليها الأحوال الجديدة ، بعد أن صدر بعد انتهاء العصر السابق قانون يجعل لهذه المحاكم سلطة اصدار اعلانات فى الحالات التى لا سوابق لها ، وكأنه يمنحها بذلك سلطة تشريعية مطلقة [١] . وقد اعتنقت المحاكم مذهبا مشهورا بأن « القانون العادى قانون قديم ثابت فيه حل لجميع المسائل بحيث لا يصح أن تتغير قواعده بعمل انسانى ولو كان عمل البرلمان ذاته » ، ولذلك كان القضاة يحترمون الأحكام السابقة احترامهم لقانون مقدس ، فان طرأت حالة جديدة أمامهم فصلوا فيها بحكم جديد ملتئم معها ، بزعم أنهم يطبقون المبادىء القضائية والتقاليد السابقة . وكان لهذا المذهب الرجعى أثر محمود ، لأنه منع تحكم السلطة الحاكمة فى أمور التشريع ، فى عصور كانت مزدحمة بالانقلابات السياسية وبالحروب الأهلية [٢] . ولذلك كانت القرارات البرلمانية قليلة العدد ولم يكثر صدورها الا فى القرن السابع عشر ، ثم عادت نادرة فى القرن الذى تلاه ، الى أن صار البرلمان مع الملك [٣] فى القرن التاسع عشر أهم مصدر للقانون الحديث .

ونلاحظ فوق ذلك أن محاكم القانون العادى كانت تطبق فى مبدأ الأمر

---

(١) وهو قانون وستمنستر الصادر فى سنة ١٢٨٥ — أنظر Jenks ص ٧٨ .

(٢) Jenks ص ٧٦ وص ١٨٤ .

(٣) "King in Parliament" = أنظر Jenks ص ١٨٨ .

قواعد القانون الكنسى فى المسائل التى انتزعتها من محاكم الكنيسة ، لأنه لم يكن لدى محاكم الملك بالنسبة لهذه المسائل سوى أحكام هذا المصدر الدينى [١] .

ومن جهة أخرى فترت رغبتها السابقة فى الاستعانة بمبادىء القانون الرومانى منذ القرن الرابع عشر ، نظرا لانقطاع تعيين رجال الدين قضاة بالمحاكم الملكية واستبدالهم بقضاة مدنيين لم يتفقهوا مثلهم فى القانون الرومانى ، فضعف تأثيره فى تطور القانون العادى حتى أصبح الأخير شديدا فى اجراءاته ضيقا فى أحكامه [٢] ، وانصرف عنه الناس الى باب آخر للعدالة كما سنرى بعد ذلك .

— ٢ —

ظهور قانون العدالة [٣]

ظروف نشوئه — كان بجانب الملك مجلس خاص يستشيره فى أمور الدولة ، وعلى رأسه مستشار كان يختاره الملك فى العصور الأولى من كبار رجال الدين ، وفى العصور الحديثة من كبار رجال القانون ، ولم يكن له فى مبدأ الأمر سلطة قضائية ، بل كانت هذه السلطة متروكة لمحاكم القانون العادى . وفى القرن الثالث عشر بدأ النظر فيما يرفع الى الملك من المظالم والشكاوى المدنية ، اما لأن القانون العادى لا يرد مظلمة المشتكى بسبب ما فيه من النقص أو القواعد التى لا تتفق مع العدل فى شكواه ، واما لأن خصمه معتز بقوته ونفوذه ولا أمل فى حضوره أمام المحكمة أو فى تنفيذ الحكم اذا صدر عليه ، وكانت قراراته فيها ذات صفة ادارية أكثر منها قضائية . وانتهى الأمر بأن تشكلت فى القرن الرابع عشر محكمة خاصة برئاسة هذا المستشار سميت باسمه ، كانت تفصل فيما يعرض

(١) Lee ص ٣٥٥ — ٣٥٧ وكذلك Jenks ص ١٩٨ .
(٢) Sherman — جزء أول ص ٣٦٢ .
(٣) راجع ما جاء فى البحث الأول ص ٨٠ — ٨٣ .

عليها من الدعاوى بمبادىء العدالة المجردة من أى نص قانونى أو حكم قضائى أو تقليد من التقاليد القديمة ، حتى كونت لنفسها طائفة من النظريات الجديدة والاجراءات الخاصة صارت مع ثباتها وكثرتها قانونا سمى قانون العدالة .

اختلاف الاجراءات والمبادىء — وقد امتازت قواعد هذه المحكمة بعدة اجراءات تفوقت بها على أحكام القانون العادى ، لا سيما فيما يختص بتنفيذ القرارات الصادرة فى القضايا المدنية . ومن هذه الاجراءات أنها اذا حددت للمدعى عليه ميعادا للحضور أمامها ولم يحضر عرض نفسه للعقاب على جريمة « الازدراء بالمحكمة » [1] ، وأنها قد تصدر على الخصم نهيا [2] يقضى عليه بعدم الاستمرار فى عمل معين ، والا أودع السجن ، كما اذا كان قد رفع أمام المحاكم العادية دعوى مطابقة لأحكام القانون العادى ولكنها مخالفة للعدالة وظالمة لخصمه فيؤمر من محكمة العدالة بعدم السير فيها . ومن هذه الاجراءات أيضا أنها قد تصدر الى الخصم أمرا [3] بالقيام بعمل معين تعهد به فى عقد مع المدعى ، أو لرد شىء فى حيازته مملوك للمدعى ، والا نفذ ذلك عليه جبرا ، ولم يكن للمحاكم العادية أن تلزمه بشىء من ذلك رغم ارادته ما دام مستعدا لدفع قيمته . ومنها كذلك أن تصدر قرارا للمدعى ، الذى امتنع خصمه عن الحضور ، أو عن تنفيذ الأمر المقضى به عليه ، بأن له أن يحجز على بعض أمواله لاستيفاء حقوقه منها ، بدلا من اتخاذ اجراءات طويلة غير منتجة لاحضار الخصم أمام المحكمة أو لوضعه فى عداد « الخارجين على القانون » .

---

(١) Contempt of Court — أنظر Deans ص ٥٥ — وعقابه غرامة قدرها مائة جنيه — أنظر Jenks ص ١٦٥ .

(٢) Injunction — أنظر Jenks ص ٢١٣ .

(٣) Decree — واذا امتنع عن تنفيذه تعرض لقرار الحجز على أمواله Sequestration

هذا فيما يختص باختلاف الاجراءات بين محكمة العدالة والمحاكم العادية ، أما فى المبادىء القانونية فان كثيرا من أحكام العدالة تناقض قواعد القانون العادى وتطابق المعقول ، ومن ذلك ما يلى : —

١ — ان الالتزام الذى لا سبب له أو الذى لم يتوفر سببه لا يكون ملزما للمدين ولو تعهد به كتابة مستوفيا جميع الشروط الرسمية ، فالتعهد بمبلغ القرض الذى لم يقبضه المقترض ، أو التعهد بالثمن من المشترى الذى لم يستلم المبيع ، اذا كان فى سند رسمى ، ملزم للمدين أمام المحكمة العادية ، غير ملزم له امام محكمة العدالة ، بل قد تجبر الدائن على رد السند للمدين حتى تبرأ ذمته .

٢ — أوجب القانون فى بعض العقود أن يكون اثباتها بالكتابة لا بغيره ، فان لم يكن هناك سند كتابى فلا دعوى على المدين . ولكن محكمة العدالة قررت الزام المدين بتعهده اذا اعترف بوقائع العقد أو اذا كان قد أخفى السند أو اذا كان الطرف الآخر قد وفى بنصيبه من العقد ونتج عن هذا الوفاء ضرر أو مسئولية .

٣ — بحسب مبادىء محكمة العدالة أصبحت الزوجة مستقلة بأموالها حرة التصرف فيها بعد ان كانت بحسب القانون العادى فى ادارة الزوج وتحت تصرفه المطلق [١] .

٤ — لا يعترف القانون العادى بحق شخص فى العقار الا اذا كان قد نقل الى حيازته بصورة من الصور الخاصة [٢] المصحوبة باجراءات ورسميات معينة ، و بغير ذلك لا يعتبر مالكا له حق الانتفاع بالمال . ولكن قانون العدالة يعترف بهذا الحق ما دام صاحب العقار الأصلى قصد التنازل له عن هذا المال ولو لم ينقله

(١) راجع تفصيلات هذه القواعد الثلاث فى Jenks ص ٢١٢ ، ٢٢٠ ، ٢٢٦ .

(٢) أهمها الصورة التى تعرف باسم Seisin .

الى حيازته باحدى الطرق المتقدمة ، و بذلك نشأ فى قانون العدالة نوع من الملكية غير الذى يقره القانون العادى ولكنه يتفق مع العقل والضمير[١] .

التنافس بين العدالة والقانون — كانت نتيجة مجهودات محكمة المستشار أن تكونت مجموعة كاملة من الاجراءات والمبادىء القانونية ، فظهر قانون العدالة بجانب القانون العادى الذى تطبقه محاكم الملك العادية ، وكان القانونان يتشابهان فى بعض القواعد و يختلفان فى البعض الآخر كما تقدم .

ولم يلبث هذا الاختلاف حتى بعث على المنافسة الشديدة بين القانونين أو بين المحاكم العادية ومحكمة المستشار ، كل منهما يجاهد فى نشر نفوذه على حساب الآخر ، وظهر لكل من الفريقين أنصار من العلماء ورجال القانون أمثال ليتلتون و بلاكستون من المذهب القديم واللورد بيكون من المذهب الجديد ، وكان كل من القانونين تدرس مبادئه واجراءاته فى معاهد خاصة[٢] . واستمر هذا النزاع من القرن الخامس عشر الى القرن السابع عشر حتى تغلب نفوذ قانون العدالة ، واكتسبت محكمة المستشار بأمر ملكى من ذلك العهد حق اصدار قرارات بنهى المدعى عليه عن السير فى تنفيذ حكم صادر لمصلحته من المحاكم العادية[٣] . وزاد فى

---

(١) ويطلق على هذا النوع الجديد اسم use ازاء ملكية القانون العادى Seisin — أنظر Deans ص ٣٥ — ٣٦ . وهذا التطور يطابق ماحدث فى القانون الرومانى من نشوء الملكية البريتورية المترتبة على التسليم بجانب الملكية المدنية التى لا تنشأ الا بطريق من طرق القانون المدنى الرسمية كالاشهاد أو الدعوى الصورية .

(٢) كان القانون العادى يدرس فى معاهد المحاكم بلندره Inns of Courts والقانون الرومانى بما فيه من قانون العدالة يدرس فى الجامعات — راجع شيرمان — جزء أول ص ٣٦٦ .

(٣) والحادث الذى أفضى الى هذا المبدأ يدل فى تفاصيله على حدة النزاع وغرابته بين جهتى القضاء الملكى . ففى سنة ١٦١٤ باع شخص الى آخر جواهر قيمتها ١٢٠ جنيها موهما اياه أن قيمتها أضعاف ذلك بكثير وأخذ بالثمن سندا عليه بمبلغ ٦٠٠ جنيه ، ولما تعطل السداد أخذ الدائن عليه حكما بالمبلغ من محكمة القانون العادى ، فالتجأ المشترى الى محكمة =

تأييد مركز قانون العدالة انتشار البحث العلمى فى القرن السادس عشر واتساع دراسة الفقه الرومانى ، وكان من أهم مصادر محكمة المستشار ، حتى قيل من بعض الباحثين بأن هذا النزاع العنيف كان يمثل النزاع بين تقاليد النظام الاقطاعى الجرمانى و بين مبادىء القانون الرومانى مستترة باسم العدالة [(١)] .

وفى النصف الأخير من القرن التاسع عشر تم النصر النهائى لقانون العدالة على القانون العادى ، فقد صدر قرار تشريعى يسمى بقرار القضاء ، نظم المحاكم الملكية — عادية واستشارية — على نسق واحد جديد ، ووضع لها قواعد للاجراءات والمرافعات ، وقرر بأنه فى المواضع التى تختلف فيها مبادىء القانون العادى عن قانون العدالة يجب على المحاكم تطبيق قانون العدالة دون القانون العادى .

ولا بأس من أن نكرر هنا أن مصدر قانون العدالة فى أدوار تطوره لم يكن سوى العدالة التى يوحى بها العقل والضمير بصرف النظر عن التقاليد أو القواعد القانونية . حتى سميت محكمة المستشار أحيانا « بمحكمة الضمير » . وانما كان

= المستشار بعد ذلك وعرض رد الجواهر وطلب براءته من السند ، وحكم المستشار بذلك على البائع فامتنع عن تنفيذ هذا الحكم ، وحينئذ حكم عليه بالحبس لازدرائه المحكمة ، وعندئذ منحت محكمة القانون العادى للبائع بناء على طلبه الافراج عنه بمقتضى نظام habeas Corpus لأن حكم محكمة العدالة بالحبس باطل قانونا . وفى سنة ١٦١٦ حدثت قضية أخرى صدر فيها حكم بالدين للمدعى ظلما اذ أنه استدرج شاهد المدعى عليه أثناء نظر الدعوى الى محل خمور لحساب المدعى عليه ، ولما التجأ لمحكمة المستشار حكم على المحكوم له بعدم تنفيذ حكمه ، فقرر رئيس القضاة بمحكمة القانون العادي احالة الخصم الذى لجأ الى العدالة واحالة محاميه الى المحاكمة الجنائية لجناية التعرض لأحكام محكمة الملك . وانتهى الأمر برفع المسألة الى الملك فأصدر قرارا أجاز به لمحكمة المستشار أن توقف تنفيذ حكم يصدر من محاكم الملك مخالفا لمبادىء العدالة — راجع Deans ص ٩٦ — ٩٩ .

(١) Sherman جزء أول ص ٣٦٣ .

المستشار فى الواقع يستقى مبادئه خفية من القانون الرومانى فى غالب الأحوال[١] .

— ٣ —

مصير القانون الانجليزى

نختم هـذا البحث بكلمة عن مصير الشريعة الانجلوسكسونية فى العصر الحديث ، من حيث تجميع قواعدها ، ومن حيث سلطانها فى العالم الحالى :

١ — لم يوضع القانون الانجليزى فى مجاميع رسمية فى أى عصر من عصوره التاريخية كما حدث فى القانون الرومانى ، بل ظل كما نشأ فى أول عهده مزيجا متناثرا من التقاليد القديمة ومن الأحكام القضائية ومن بعض قرارات تشريعية صادرة من الملوك فى العصور الأولى ومن البرلمان فى العصور الحـديثة . وكانت قرارات البرلمان كثيرة فى القرن السابع عشر وتناولت مسائل عدة ، مثل القرارات الخاصة بالصناعات المحتكرة ، و بدعاوى الأراضى ، و بالغاء الاقطاعات الحربية ، وبنظام « احضارجسم السجين » ، و بقواعد الملاحة ، و بالغش فى العقود ، و بجريمة الخيانة العظمى . وكل هذه القرارات صدرت من البرلمان متفرقة غير مجموعة . ثم عادت الى ندرتها فى القرن الثامن عشر وترك البرلمان فى خلاله لمحكمة العـدالة اقرار ما تراه من المبادىء والأساليب القانونية دون تدخل من المشرع ، ولم يصدر منه سوى قرارات خاصة بالتسجيل ، و بمنح حق الانتفاع بالأراضى ، و بالتأمين على الحياة . وكانت هذه القرارات متفرقة كذلك .

أما جمع القوانين فلم يبدأ الا فى القرن التاسع عشر ، وعلى أثر دعوة قام بها كثير من العلماء مثل اللورد بيكون وبنتام و بولوك ، ولم يكن بدؤه فى انجلترا بل

---

(١) Maine, Ancient Law, p. 48 الذى قال باننا نجد فى سجلات أحكام المستشارين « فقرات باكلها من مجاميع جستنيان بغير تغيير فى عباراتها وبدون اعتراف بمصدرها » .

فى مستعمرة الهند حيث جمع قانون العقوبات والقوانين المدنية وقانون المرافعات الجنائية . ولم يعمد الانجليز فى انجلترا ذاتها الى جمع قوانينهم الا جزئيا و بالموضوع، مثل القواعد الخاصة بالكمبيالات وقواعد الشركات و بيوع البضائع . وقد اقتدت بعض المستعمرات بانجلترا فى هذا العمل فاقتبست هذه المجموعات الجزئية منها . ولذلك فان القانون الانجليزى فى حالة ليست على نسق واحد بل على صور من القواعد القانونية مختلفة ، تشريعية وغير تشريعية ، مجموعة وغير مجموعة .

٢ — لم يكن القانون الانجليزى قاصرا على الجزر البريطانية بل انتشر فى بلاد كثيرة أخرى ، والسبب فى سعة انتشاره لا يرجع الى درجته من التهذيب العلمى أو البساطة فى اجراءاته ، فالأمر بالعكس . وانما يرجع الى أسباب أخرى ، منها الفتح وحرص الانجليز على تغليب الروح والنظم الانجليزية فى مستعمراتهم ، ومنها ازدحام جزء كبير من هذه المستعمرات بالعنصر الانجلوسكسونى الذى هاجر اليها ، وانقراض العنصر الأصلى فيها . وعلى ذلك امتد سلطان القانون الانجليزى الى أقاليم أمريكا الشمالية ، وهى الولايات المتحدة الآن ، فى القرن السابع عشر ، واستمر على اتصال وثيق بتطوراته الجديدة فى انجلترا . وانتشر فى كندا — عدا بعض ولايات منها مثل كويبك — بعد أن نزعت فرنسا عنها يدها فى القرن الثامن عشر . وفى خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ساد القانون الانجليزى فى استراليا ونيوزيلاندا وافريقيا الجنوبية وفى الأمبراطورية الهندية [١] .

ولذلك نجد العالم الحديث بين ثلاث شرائع ، الشريعة اللاتينية ، والشريعة الانجلوسكسونية ، والشريعة الاسلامية التى سادت فى العالم الاسلامى والتى لا زال سلطانها باقيا فى أكثر البلاد الاسلامية ، كما يأتى بيانه فى البحث المقبل .

---

(١) أنظر Sherman جزء أول ص ٣٧٨ وما بعدها .

أبحاث فى تاريخ الشرائع

الشريعة الأسلامية

تطور المبادىء القانونية عند العرب فى الجاهلية وصدر الأسلام

للأستاذ على بدوى
أستاذ القانون الجنائى وتاريخ القانون بكلية الحقوق

مقـدمة

١ - التماثل فى تطور الشرائع

٢ - مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القانون الرومانى

٣ - عصور تطور الشريعة الاسلامية

— ١ —

ان الباحث فى تاريخ الشرائع فى العصور الأولى يجد كثيرا من التشابه فى ظروف تطورها وفى العوامل التى أدت الى هذا التطور ، وذلك لأن الشعوب القديمة فى أولى حياتها كانت خاضعة إلى حالة اجتماعية متماثلة وعلى درجة من الحياة العقلية واحدة أو متقاربة ، فنشأت تقاليدها القانونية الفطرية بصورة واحدة ، ثم مرت الشعوب فى تطورها الاجتماعى بأدوار متشابهة وواجهت فى سيرها ظروفا وصعوبات متشابهة فاستعانت عليها بوسائل من العلاج متشابهة ، وامتد هذا التشابه الى النظم القانونية كما شمل باقى عناصر حياتهم ومظاهرها ، ويظهر هذا الأمر واضحا فى تاريخ الشرائع القديمة ، كما عند اليونان والرومان والانجليز والجرمان والهنود والعرب ، سواء أكان فى العهد الذى نشأت فيه التقاليد القانونية ، أم فى المظاهر المتتابعة التى تشكلت

بها أم فى الوسائل التى عملت على تطورها واتساع أحكامها ، غير أن بعض هذه الشرائع اتخذت فى نشوئها وتطورها صبغة سياسية أو وضعية ، وبعضها استمدت أصولها وعوامل تقدمها من مصادر دينية أو سماوية .

ومن المتفق عليه بين الباحثين أن القانون الرومانى فى نشوئه وأدوار تطوره يعتبر انموذجا لدراسة نشوء الشرائع وتطورها فى العصور القديمة (١) نظرا لاتساع ميدان نفوذه واطراد عصور تطوره وتحقق أدواره تاريخيا، ولذلك فان تاريخ القانون الرومانى لايزال منذ قرون موضع عناية الباحثين وموردا يستقون منه مثالا لتطور القوانين فى الأمم السالفة ، ويكيفون على ضوئه الأدوار الاجتماعية والقانونية التى مرت بها الشعوب الأخرى .

ولم يكن للشريعة الاسلامية نصيب من عناية أكثر المؤرخين من علماء الغرب ، ولم تتناولها أبحاثهم بمثل ماتناولت به الشرعية الرومانية ، ولو أنهم فعلوا ذلك لوجدوا مثالا آخر حيا للدراسة التاريخية لايقل فى سعة ميدان نفوذه ولا فى مدى تطوره عن القانون الرومانى .

— ٢ —

واذا قارنا بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى من الوجهة التاريخية وجدنا كثيرا من مواضع الشبه كما نجد كثيرا من مواضع الخلاف .

هناك كثير من مواضع الشبه فى تطور كل من الشريعتين

١ - بدأت الشريعة الاسلامية — كما بدأت الشريعة الرومانية - بقانون مسطور محددة نصوصه ، وكان لكل منهما مركز مقدس فى نفوس الناس ، غير أن الألواح الرومانية (٢) كانت قانونا وضعيا، واحترام الرومان إياه احتراما

---

(١) أنظر سير هنرى مين Maine, Ancient Laws فى الفصل الاول وجيرار Girard, Droit Romain فى المقدمة

(٢) وهى الالواح الاثنى عشر XIItabes التى وضعها حكام الرومان فى منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ونشرت على الناس فى مكان عام حتى يعرف كل فرد ماله وما عليه وتعتبر قواعدها الأساس الاول لبناء القانون الرومانى .

تقليديا ، بينما القرآن قانون سماوي واحترام المسلمين إياه احترام ديني .

٢ ـ سبق العهد الذى صدر فيه كل من هذه النصوص عصر كانت تسود فيه التقاليد والعادات ـ عند الرومان قبل وضع الألواح ، وعند العرب قبل نزول القرآن ـ وبعض هذه التقاليد قد أقرتها النصوص فى كلا الشعبين وبعضها قد تعدلت .

٣ ـ كان الأثر الذى أحدثه الفقهاء وأهل الرأى فى الشريعة الاسلامية مماثلا لما أحدثه الفقهاء ورجال القانون فى الشريعة الرومانية ، ففى كلتيهما تناولوا النصوص بالتفسير والبحث وترتيب القواعد العامة عليها واستنباط الأحكام الجديدة منها ، فالرأى عند المسلمين يقابل ـ فى تأثيره ـ العدالة عند الرومان .

٤ ـ أصبح كل منهما شريعة عالمية غير قاصرة على أمة واحدة أو على جنس واحد . الأولى فى العالم الأوربى والثانية فى العالم الاسلامى ، غير أن القانون الرومانى كان فى مبدئه وقفا على الرومان خاصا بهم ، ثم قضت الفتوح وتقدم الأفكار أن يكون عاما على جميع سكان الدولة ، ولكن الشريعة الاسلامية شرعت فى الأصل للشعوب كافة .

وهناك فى غير ما تقدم نقط الخلاف فى تطور كل من القانونين ، وكلها ترجع الى فكرة واحدة ، وهى أن الشريعة الاسلامية أصلها صادر من الاله ، بينما القانون الرومانى من وضع الانسان وعمله ، ومن هذه الفكرة تفرعت الفوارق التاريخية بين الشريعتين :

١ ـ ان الشريعة الاسلامية كانت فاتحة عصر اجتماعى جديد ، فقد جاءت بدين جديد ، وجاءت معه بنظام عمرانى جديد كان له أثره فى انقلاب حالة العرب وكثير من أمم العالم ، بينما عهد الألواح الاثنى عشر لم يكن إلا استمرارا للحياة السابقة عليه فى روما ، فلم يحدث انقلابا فكريا ولم ينشىء حالة اجتماعية جديدة ولم يغير فى عقائد القوم .

٢ ـ أن مجهود المشرع بعد عهد الرسول يكاد يكون منعدما فى الشريعة الاسلامية ، لأنها قانون سماوى لا تقوم بجانبه نصوص تشريعية وضعية ، ولكن المشرع الرومانى كان له أكبر الأثر فى تطور القانون الرومانى، وعلى الأخص فى العهد الامبراطورى .

٣ ـ لم يكن فى نظم الشريعة الاسلامية حاكم قضائى ـ كما كان عند الرومان [1] ـ يتولى ادارة القضاء وبيان المبادىء الواجب اتباعها ، بل كان يعهد بالقضاء الى قضاة يترك لهم حرية الفصل فى المسائل بحسب مايرونه من نصوص الكتاب والسنة وما يرشد اليه اجتهادهم .

٤ ـ لم تدون أحكام الشريعة فى مجموعة رسمية Code بعد القرآن الكريم ، اللهم إلا بعض مجاميع غير رسمية من السنة وقليلا من قواعد الشريعة فى تركيا ومصر ، أما القانون الرومانى فقد بدأ بمجموعة رسمية وانتهى بمجموعات رسمية .

— ٣ —

يتناول البحث فى التاريخ التشريعى للاسلام خمسة عصور لا تتفق بالدقة مع عصور تاريخه السياسى :

الأول ـ عصر الجاهلية، وهو المرحلة السابقة على ظهور الاسلام فى سنة ٦١٠م.

الثانى ـ صدر الاسلام ، وهو المرحلة الأولى للشريعة ، من ظهور الاسلام الى نهاية الخلافة الأموية ، تكونت فى خلاله مصادر التشريع وأصوله ، وهو يعتبر بالنسبة للشريعة عصر التكوين .

الثالث ـ عصر التهذيب أو العصر العلمى ، يشمل القرنين الأولين من الخلافة العباسية ، فى خلاله تهذبت أصول الفقه وانتظمت أحكام الشريعة فى أوضاع علمية ، وبلغ البحث العلمى ذروته .

الرابع ـ عصر التقليد ، يبدأ بالعهد الأخير بالدولة العباسية وينتهى الى

(1) Prtenr

عصر التاريخ الحديث ، سار فيه الفقهاء والقضاة على قواعد العصر السالف ومذاهبه، ولو لم يكن للاجتهاد فيه نصيب .

الخامس — العصر الحديث من عهد محمد على الى اليوم ، وهو فى الواقع عصر التجديد ، حيث أخذت الشريعة بعد الركود الطويل اتجاها جديدا يتفق وروح العصر ويلائم الظروف الاجتماعية الحديثة ، وعنصر البحث فى هذه المرحلة الأخيرة مستمد أكثره من حالة الشريعة فى مصر .

المبحث الأول

عصر الجاهليـــة

١ — الحالة الاقتصادية والاجتماعية

٢ — نظام الاسرة فى الجاهلية

٣ — نظم المعاملات والعقوبات والقضاء

— ١ —

عصر الجاهلية هو العصر الذى كانت فيه العرب على حال الفطرة والخلق الطبيعى ، وهو يقابل العهد السابق على وضع الألواح الاثنى عشر عند الرومان ، والعهد السابق على الفتح النورمندى عند الانجليز .

وانا نقتصر فى دراسته على وصف وجيز لحالته الاقتصادية والاجتماعية ، وعلى بحث الحالة القانونية التى كانت سائدة فيه قبل ظهور الاسلام .

يتكون الجنس العربى ـ على مايروى المؤرخون ـ من شعبين تفرع كل منهما الى عدة بطون وقبائل ، وهما شعب قحطان وأصله فى اليمن وهو من بنى سام ابن نوح ، وشعب عدنان وأصله فى الحجاز وينتهى نسبه الى اسماعيل وابراهيم ، وينقسم العرب فى نظام معيشتهم الى فريقين : بدو وحضر ، فالبدو سكان البادية

والعنصر الغالب فى جزيرة العرب ، وهم أقرب الى حياة الطبيعة ، يعيشون – بين رحيل وتوطن – على ماتنتجه ماشيتهم «يأكلون لحومها ويشربون ألبانها ويلبسون أصوافها ويتخذون منها مساكنهم»[1] ، ولهم فى الغارة على القبائل المعادية وسلبها وسيلة أخرى من وسائل العيش . والحضر أهل المدن كصنعاء وعدن فى اليمن ومكة والطائف فى الحجاز . وهم أقرب الى حياة المدنية لاشتغالهم بالزراعة والصناعة ولاتصالهم بالتجارة الدورية إما فى الأسواق أو بالقوافل ، ولخضوعهم الى نظام حكومى فى بعض الجهات ، كما فى اليمن والعراق والشام .

كانت العرب أهل مروءة وخرافة وعصبية ، يبذل العربى نفسه للدفاع عن كرامته ولحماية جاره وحليفه ويبذل ماله لاكرام ضيفه واعانة اللاجىء اليه . يعتقد فى عبادة الأصنام والأوثان تقربا بها الى الله ويستعين بمشورة الازلام والكهان كلما أقدم على عمل أو سفر ، وبين العرب أقلية تعتنق اليهودية أو المسيحية . يفاخر العربى بنسبه ويتعصب لقبيلته ظالمة كانت أومظلومة ، له مالأعضائها وعليه ماعليهم ، وكل قبيلة تعيش مستقلة عن الأخرى ويتضامن أفرادها فى الحق وفى الواجب ، وتنتهى رئاستها الى من اشتهر منها بالشجاعة والكرم أو من امتاز فيها بالجاه والثروة .

أما الحالة القانونية فلم تكن قائمة على شريعة منظمة ، بل كانت خاضعة لعادات وتقاليد قد تختلف باختلاف القبائل ، وقد يرجع بعضها الى مبادىء اليهودية ، وتتلخص دراستها فى بيان نظام الأسرة ، ثم فى كلمة موجزة عن المعاملات والعقوبات والنظام القضائى .

— ٢ —

كان الزواج مطلقا لاحد لتعدد الزوجات فيه ، والطلاق مباحا لاحد لعدد الطلقات فيه ان شاء الزوج أرجع المطلقة اليه وان شاء تركها ، وكانت لهم

---

(١) فجر الاسلام – للاستاذ أحمد أمين – ص ١٠

أنواع شتى من الزواج والطلاق ، كزواج المتعة والشغار [١] . وكطلاق الايلاء والظهار [٢] ، وقد ابطلها الاسلام جميعا .

أما الارث فقد كان أساسه المناصرة والدفاع عن الأسرة ، فلم يكن إلا للبالغين من الذكور ـ دون الصغار والنساء ـ الذين يحملون السيف ويقاتلون العدو ، ويتقدمون فى الميراث بحسب درجة القرابة ، وكانت للعرب فوق ذلك نظم متنوعة من المواريث منها ميراث التبنى ، ومنها ميراث الولاء ، وهو أن يتحالف شخصان على أن يتناصرا فى الحياة وأن يتوارثا بعد الوفاة ، ومنها مانسميه بميراث العضل ، وسيأتى الكلام عليه بعد .

سلطة رب الاسرة

كان الأب سيد بيته ، له الرئاسة على زوجه وولده وعليهم الطاعة نحوه ، وهنا محل للبحث فيما اذا كان لرب الأسرة عند العرب سلطة على أفرادها مماثلة لما كان لرب الأسرة عند الرومان من سيادة مطلقة على أعضاء بيته تشمل أشخاصهم وأموالهم [٣] .

قال بذلك بعض الباحثين من علماء الغرب ، مثل دراست [٤] ومثل سينيت [٥] ، الأول يرى أن الزوجة كانت تشترى كالسلعة وتعتبر جزءا من ثروة الزوج ، والثانى يزعم أن سلطة الأب على أولاده كانت مطلقة لاحدلها

وقد يؤيد هذا القول بعض التقاليد المأثورة عن عرب الجاهلية وهى وأد البنات وزواج المقت ، فالعادة الأولى تبين ما كان للأب من حق التصرف فى حياة بناته كما شاء ، والثانية هى أن يستحل ولد المتوفى زوجة أبيه اذا شاء

---

(١) المتعة هى الزواج المؤقت والشغار هو تبادل النساء دون مهر

(٢) الايلاء هو الطلاق المؤقت بأن يقسم الزوج على أن لا يقرب امرأته سنة أوسنتين ، والظهار هو الطلاق الابدى لارجعة فيه بأن يقول لزوجته « أنت على كظهر أمى »

(٣) لاشك فى أن هذا النظام لا أثر له فى الاسلام

(٤) Dareste, Etudes Historiques, T. I, p. 61

(٥) Seignette, le Précis de Khalil, Introduction' p. 27-48

الزواج منها ، أو أن يزوجها من شاء ويقبض صداقها ، أو أن يعضلها عن الزواج [١] ، حتى تفتدى منه بمالها ، كل ذلك ، باعتبارها ملكا موروثا ، [٢] وهى عادة تفيد أن الزوجة كانت فى سلطة زوجها كالرقيق فى سلطة سيده يدخل فى نصيب وارثه عند موته .

ولكننا اذا أمعنا النظر فى هذه التقاليد اتضح لنا أنها تقصر عن الدلالة على قيام نظام السلطة الأبوية فى العرب .

فان وأد البنات لم يكن عادة شاملة لجميع القبائل ، بل كان قاصرا على بعض بطون من تميم وأسد [٣] وهما من فروع شعب عدنان المتأخرة بحيث اذا قورنا بعدد القبائل الأخرى ظهر أنها أقل من نصف العشر بين العرب ، وفوق ذلك فمن المجمع عليه أنه لم يكن متبعا إلا فى الطبقة الفقيرة منهما ومخافة الفقر [٤].

وأما عادة العضل فهى كذلك لم تكن فاشية فى المجتمع العربى ، بل كانت مكروهة من بعض القبائل تنبذها وتزدرى من يعمل بها حتى سميت بزواج المقت [٥] ، والغالب أنها خاصة بأهل المدينة [٦] دون غيرهم من العرب .

على أن كثيرا من الشواهد ـ من أدبية واجتماعية وقانونية ـ تقنعنا بأن الأسرة العربية لم تكن كالرومانية خاضعة لسلطة رب الأسرة خضوعا مطلقا وبأن سلطته لم تتجاوز درجة الرئاسة اللازمة لادارة شئونها ولتمثيلها أزاء الأسرات الأخرى ؛ وبان لكل عضو فيها مركزه ورأيه وماله الخاص .

١ — فاشعار العرب — وهى مقياس صادق لعقليتهم ودرجة تفكيرهم — تنبىء بما كان للمرأة من الاحترام فى نفوسهم وللزوجة من المكانة فى الأسرة

---

(١) أى يحبسها عن الزواج ، ولذلك أطلقنا على هذه العادة فيما تقدم اسم نظام العضل

(٢) تاريخ التشريع وأصول الفقه للاستاذ أحمد أبى الفتح بك ص ١٦

(٣) تاريخ الامم الاسلامية ـ الاستاذ محمد الخضرى بك ـ طبعة أولى ص ٣١

(٤) بدليل قوله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم)

(٥) تاريخ التشريع الاسلامى وأصول الفقه للاستاذ أبى الفتح بك ص ١٦

(٦) وهذا واضح من الرواية التي نقلها الاستاذ أحمد أمين فى كتابه فجر الاسلام ص ١٧٦

يفتتح الشاعر قصيدته بمناجاة زوجته وبالتمدح فى المرأة ، ويناديها بجميل الألقاب وبالكنية وهى من أسماء التشريف عندهم ، ويفضى اليها بما فى نفسه من هم يشكوه أو من فضيلة يعتز بها [١] .

٢ — والروايات المأثورة عن أحوال العرب الاجتماعية تشير الى المستوى الذى نالته الزوجة فى الأسرة. والى اشتراكها مع الرجل فى شئونها بالرأى والنصيحة والى استشارة الأب بناته عند زواجهن ، ومن ذلك رواية الحارث بن عوف [٢] الملقب بسيد العرب الذى أتى دار أوس بن حارثة الطائى ليخطب احدى بناته فكان لزوجته الفضل فى قضاء رغبته رغم امتناع أوس فى مبدأ الأمر وزوجه من صغرى بناته التى قبلت ذلك بعد أن رفضت أختاها .

٣ — ونظام التوريث فى الجاهلية ـ الذى يجعل تركة المتوفى لابنه ، فان لم يكن له أبناء ذهبت الى أبيه ثم الى أخيه ثم الى عمه [٣] ـ يدل على أنه كان للابن فى حياة أبيه شخصية مستقلة وذمة منفصلة عن ذمة أبيه تصبح بعد وفاته تركة تؤول الى أقرب أوليائه ، ولم يكن الأمر كذلك عند الرومان فى القديم ، ولم يكن للابن مال خاص ولا ذمة خاصة بجانب أبيه .

وخلاصة القول أنه لم يعرف عن العرب فى الجاهلية نظام السلطة الأبوية بمثل ما كان لرب الأسرة فى روما وبما يترتب عليه من سيادة تامة تفنى فيها شخصية أولاده وزوجه .

— ٣ —

المعاملات

كانت معاملات العرب قاصرة فى الغالب على البيوع وأكثرها من طريق

---

(١) من ذلك قول أحدهم : ياربة البيت قومى غير صاغرة ضمى اليك رحال القوم والقربى
وقول شاعر آخر : ألم تعلمي ياعمرك الله أننى كريم على حين الكرام قليل

(٢) مدونة تفصيلا فى تاريخ الامم الاسلامية للاستاذ الخضري بك ص ٢٧

(٣) تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ الخضري بك ص ٥٢

المقايضة وأحيانا من طريق التعامل بنقود مستعارة من فارس والروم [١]، ثم على المداينات بالربا سواء فى الذهب أو الفضة أو الابل أو الغلال، وقد ولع العرب بالميسر حتى جعلوه عنصرا من عناصر معاملاتهم ولذلك نجد عندهم أنواعا من بيوع الغرر كالبيع بالملامسة أو المنابذة والبيع بالقاء الحجر [٢].

العقوبات

كان نظام القصاص والديات سائدا فى جرائم القتل والاعتداء على النفس والدية يتفق عليها بين قبيلتى الجانى والمجنى عليه، وقد يختلف تقديرها باختلاف التقاليد فى القبائل، وكانت القبيلة مسئولة عن جناية الفرد منها الا إذا أعلنت خلعه فى المجتمعات العامة [٣]، والقصاص فى القتل يطالب به أولياء القتيل من قبيلة القاتل، وقد ينتهى الأمر الى الحرب بين القبائل، وتلك حالة كانت عامة فى الجماعات القديمة فى عهدها الفطرى حيث كان الانتقام الشخصى هو الأساس الوحيد لنظام العقاب.

النظام القضائى

القضاء فى عصر الجاهلية اختيارى من كل وجه، فلم يكن القضاء ملزما بالفصل بين من يحتكمون اليه، ولم يكن الخصم ملزما بالتقاضى اذا طالبه الى ذلك خصمه، ولم يكن ملزما بتنفيذ الحكم عليه اذا تقاضى وخسر دعواه، ولم يكن لهذا وذاك من جزاء سوى غضب القبيلة أو الالتجاء الى حكم القوة، شأن كل جماعة فى عهدها الفطرى.

---

(١) لذلك نجد أسماء النقود عند العرب كالدرهم والدينار مماثلة لاسمائها عند اليونان والرومان

(٢) بيوع الغرر هى بيوع المقامرة ، فالملامسة أن يتفق الطرفان على الثمن وعلى أن يلمس المشترى المال المبيع دون أن يراه فاذا لمسه تم البيع ، المنابذة أن ينبذ البائع الى المشترى بالمال المبيع فاذا نبذه اليه تم البيع بالثمن المتفق عليه ، وكذلك اذا ألقى اليه بالحصا أو بحجر

(٣) تاريخ التشريع الاسلامى للاستاذ الخضرى بك ص٥٦ — وهذا يذكرنا بنظام التخلي عن المجرم abandon noxal عند الرومان وبعض الشعوب القديمة الاخرى.

وانما كانوا يحتكمون – على هذه الحال – الى رئيس القبيلة أو الى شخص عرف باصالة الرأى وصحة الحكم أو الى أحد من الكهنة ، يقضون فى النزاع طبقا لتقاليد القبائل أو لآرائهم الخاصة أو لما يعرفونه من مبادىء الديانة الاسرائيلية (١) .

قضاء مضطرب غير ثابت ، لا يصدر عن قانون محدود يمده بقواعده ولا يستند الى سلطة عليا تتولى ادارته وتؤيد أحكامه ، ولو أنا نجد نواة لهذا النظام فى مكة قبيل الاسلام نظرا لما بلغته من الحضارة حيث اقتسمت قبائل قريش عدة مناصب فيها كالحجابة والرفادة والسقاية واللواء (٢) ، وكمنصب القضاء الذى عهد به الى أبى بكر فى عصر الجاهلية وكلف فيه بالديات والمغارم .

ومما يلفت النظر أن بعض اجراءات التحقيق عند العرب فى ذلك العصر تماثل ما كان متبعا فى القبائل الجرمانية وفى بلاد الانجليز قبل الفتح النورمندى ، فقد كانوا يعملون بنظام القسامة (٣) ، وهو أن يحلف خمسون من أولياء القاتل أنه لم يقتل ، أو أن يحلف هذا العدد من أقارب القتيل أن المتهم قاتله ، وذلك فى الأحوال التى تتأيد فيها التهمة بقوة القرائن دون أن تثبت برؤية الشهود (٤) .

المبحث الثانى

صدر الاسلام أو عصر التكوين

(٦١٠ – ٧٥٠ م (١٣٢ هـ)

هذا العصر هو المرحلة الأولى للشريعة ، يمتد زمنه نحو قرن ونصف قرن ،

---

(١) فجر الاسلام ص ٢٧١ .

(٢) الحجابة هى تولى حراسة الكعبة وفتح بابها للقاصدين اليها ، والرفادة تقديم الطعام لهم فى مواسم الحج ، والسقاية تقديم الشراب كذلك ، واللواء هو حق اعلان الحرب وحمل رايتها

(٣) راجع البخارى فى باب القسامة ، ولسان العرب فى تفسير كلمة قسم

(٤) يطلق اسم القسامة أيضا على الجماعة الذين يقسمون اليمين ، وهذه الجماعة تقابل من يسمون Compurgators فى القبائل الانجلوسكسونية القديمة وكذلك Cojureurs فى القبائل الجرمانية فى فرنسا القديمة

من ظهور الاسلام الى نهاية الخلافة الأموية ، فى خلاله انتشرت الديانة الاسلامية وتكونت مصادر التشريع الاسلامى ونظم القضاء فى الولايات ، وتشمل هذه المرحلة عهد الرسول الذى كمل فيه أصلا الشريعة الكتاب والسنة ، فعهد الخلفاء الراشدين الذى ظهر فيه مصدر ثالث وهو الرأى ، ثم عهد الخلافة الأموية الذى فيه أذيعت أحكام الحديث ، وثبتت فكرة الرأى على أساس علمى .

الفصل الأول عهد الرسول

٦١٠ — ٦٣٢ (١٠ هـ)

١ — مصادر التشريع

٢ — المصدر الاول : الكتاب

٣ — المصدر الثانى : السنة

٤ — أثرهما فى تقاليد الجاهلية

— ١ —

بقى النبي عليه الصلاة والسلام بمكة اثنتى عشرة عاما ونصف عام يدعو للاسلام فيها ، ثم هاجر الى المدينة وقضى بها عشرة أعوام الا قليلا ، وفى خلال هاتين الفترتين كانت أحكام الشريعة واردة فيما أنزل من كتاب الله وفيما صدر من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولم يكن للتشريع فى هذا العهد من المصادر غيرهما . فلا مجال لرأى مجتهد ولا لحكم قاض ، فقد كانت شئون المسلمين فى يد الرسول وحده ، يشرع فيها ويقضى بما يوحى اليه من قرآن أوسنة ، لافرق بينهما فى قوة التشريع سوى « ان القرآن ألفاظه ومعانيه من عند الله أما السنة فألفاظها من عند الرسول »[1].

(١) فجر الاسلام للاستاذ أحمد أمين ص ٢٨٠

وكذلك انفرد هذا العهد دون العصور الاخرى بنزول القرآن وصدور الحديث ، وهما أصلا الدين والشريعة ، أقيم عليهما بناء الأحكام كله فى الأزمان التاليـة ، فهو عهد التشريع بمعناه الصحيح ، وهو تقرير القواعد فى نصوص صادرة من المشرع ، سواء أكانت من الاله للناس أم ممن عهد اليه بنشر دينه بينهم وبتولى أمور المؤمنين منهم.

— ٢ —

نزل القرآن آيات متفرقات فى ثلاث وعشرين سنة ، من يوم الرسالةالى عام الوفاة ، ونزل من سوره نحو الثلثين فى مكة والثلث الباقى فى المدينة ، وكان للنبى صلى الله عليه وسلم كتبة (١) يدونون ماينزل من الآيات فى رقاع أو على جريد النخيل أو على أحجار رقيقة ، ثم توضع فى بيت النبى بعد أن يأخذ بعض الكتبة منها صورة ويحفظها البعض الآخر عن ظهر قلب .

ومما يلفت نظر الباحث فى التاريخ التشريعى بالنسبة للقرآن ثلاثة أمورلها قيمتها فى تتبع ظروف التشريع وفى تعرف أساليبه :

١ - الآيات المكية والمدنية

الأول أن الآيات المكية خالية من الأحكام والمبادىء القانونية وقاصرة على العقائد والأخلاق ، تتناول وجود الاله وتوحيده ، وتقضى على عبادة الأوثان ، وتصف الحياة الأخرى نعيمها وعذابها ، وتحث على الفضائل ، وتضرب الأمثال بأمم العصور السالفة ، أما الآيات المدنية فهى التى تشتمل على تشريع الأحكام من عقوبات ومعاملات وأحوال شخصية إلى غيرها من أمور الحياة الدنيا . وهى فوق ذلك تشريع موجز يقع فى عدد قليـل من آيات القرآن ، فى نحو مائتين من ستة آلاف .

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٩.
قيل بأن عددهم ٢٦ كاتبا وقيل أكثر من ذلك ، ومنهم من لازم النبى فى جميع أدواره التشريعية مثل زيد بن ثابت وخالد بن الوليد وعمرو بن العاص ، وبعض هؤلاء ممن صار لهم شأن كبير فى التاريخ الاسلامى بعد عهد الرسول صلى الله عليه وسلم .

هذا الأمر راجع إلى حالة الاسلام فى أدواره الأولى ، فقد كانت مهمة الرسول عند البعثة فى مكة متوجهة إلى تغيير عقيدة العرب وبث الايمان فى نفوسهم ونشر الدعوة بين الناس للدين الجديد ، فكانت الآيات القرآنية التى نزلت فى مكة محصورة فى الترغيب فى الاسلام والتحذير من الكفر [١]

ولما اتسع نفوذ الدين وكثر أتباعه عقب انتقال الرسول إلى المدينة وانتظم المسلمون فى شبه دولة سياسية ، ونشأت بينهم العلاقات متنوعة من من زواج وطلاق وإرث ، ومن تبايع وتعامل وتداين ، ومن إضرار وجرائم ، لجأوا إلى النبى لتحديد هذه العلاقات اما بابقائها على تقاليد عهد الجاهلية واما بادخالها فى عهد جديد واخضاعها لأحكام جديدة ، فنزلت الآيات المدنية بالمبادىء الواجب اتباعها فى معالجة صلاتهم وتنظيم أمور معاشهم .

٢ - أسباب النزول

الأمر الثانى أن نزول الأحكام القرآنية كان فى معظم الأحوال بمناسبة حادث اجتماعى يتطلب علاجا ، إما بسؤال يوجه إلى الرسول [٢] وإما بنزاع يعرض عليه أو شكوى ترفع اليه ، والأمثلة على ذلك فى القرآن كثيرة اشتغل ببحثها المفسرون [٣] ، منها أن مرثدا الغنوى طلب من الرسول اجازة زواجه بمشركة ذات مال وجمال فنزلت آية تحريم الزواج بين المسلمين والمشركين : «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن . . » الآية .

ومنها أن رجلا من غطفان كان عنده مال كثير لابن أخ له يتيم ، فلما بلغ

---

(١) ولذلك فان خطاب القرآن فى جميع الآيات المكية يبدأ بقوله تعالى «يأيها الناس» بينما يبدأ فى الآيات المدنية بيأيها الذين آمنوا

(٢) يبدأ كثير من آيات التشريع بقوله تعالى «يسألونك . .» وبعضها «يستفتونك»

(٣) سميت هذه الحوادث أسباب النزول ، ومن المؤلفات فى هذا الموضوع كتاب بهذا الاسم للواحدى النيسابورى

اليتيم طلب المـال ؛ فمنعه عمه ، فترافعا إلى النبي ، فنزل قوله تعالى « وآتوا اليتامى أموالهم .. » .

ومنها أن ابنا لأبى قيس بن الأسلت الأنصارى طرح ثوبه على كبيشة زوجة ابيه بعد وفاته ، فورث نكاحها كما تقدم فى زواج المقت ، ثم عضلها حتى تفتدى منه بمالهـا ، فشكت إلى رسول الله وشكت على أثرها نساء المدينة من هذه العائلة ، فنزلت الآية « يأيها الذين آمنوا لايحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن .. »

ومنها أن أوس ابن ثابت الأنصارى توفى عن ثلاث بنات وزوجة ، فجاء رجلان من بنى عمه وأخذا ماله دون أن يدفعا اليهن منه شيئاً ، فرفعت الزوجة أمرها وأمر البنات إلى رسول الله ، فقال لهـا ارجعى إلى بيتك حتى أنظر مايحدث الله فى أمرك ، فنزل قوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون . وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » وكانت أول آية نزلت من آيات المواريث .

لم ينزل من أحكام القرآن بغير حادث من الحوادث إلا نادرا ، فلم يصدر تشريع إلا بقدر مادعت اليه حالة المجتمع وإلا بقدر ماظهر من العلاقات بين الأفراد ، وكذلك كان فى الغالب شأن السنة .

ولعل فى هذا الأمر إشارة إلى وظيفة التشريع الصحيحة ، فلم تكن الشرائع لحل مسائل فرضية قد تقع أو لا تقع فى الحياة العملية ، وإنما جعلت لتنظيم شئون الأمة فى كل عصر بحسب مايطرأ من الأحوال والعلاقات مع ترك مالا ينتظر حدوثه منها إلى تشريع العصر الذى تحدث فيه ، حتى تكون مبادئه متفقة وظروف المجتمع الذى تسرى عليه ، متمشية مع عوامل التطور المختلفة ، والا عرقلت سيره وشلت حركته .

٣ - التدرج فى التشريع

والأمر الثالث هو التدرج فى التشريع ، وهو الأسلوب الذى اتخذه القرآن

مراعاة لحالة المجتمع الاسلامى وما يحيط به من الظروف المتجددة ، وأخذ بالرفق فى اصلاح أمور أفراده ومعالجة عقليتهم ، حتى يصلوا شيئا فشيئا الى المستوى المراد رفعهم اليه ، دون أن يشعروا بالعجز عن بلوغه أو بالارهاق من صرامة تكاليفه ، وعلى هذين الاعتبارين يتبين أسلوب التدرج فى أكثر من موضع من مواضع التشريع ، سواء كان عاما ينظم واجبات الفرد نحو المجموع أو تشريعا خاصا يضبط علاقات الأفراد فيما بينهم .

ومن ذلك الاقتصار فى الرسالة على الدعوة السلمية للدين ، ثم لما كثر المسلمون وقويت عقيدتهم واستمر الأذى من المشركين أمروا بالقتال لرد عدوانهم ولمنعهم من محاربة الدعوة الدينية[1]، ثم لما اشتغل المسلمون بالحرب فصلت قواعدها من أسرى وغنائم ، كذلك الزكاة فرضها القرآن فى مكة على وجه عام دون ذكر مقدارها ومصارفها ، ثم بين ذلك فى المدينة بعد أن تقدمت حال المسلمين وألفت نفوسهم البذل لوجه الله .

ومن ذلك التدرج فى تحريم شرب الخمر واتخاذ الميسر والتعامل بالربا[2].

وكلها عادات تشربت بها نفوسهم وأصبحت من عناصر حياتهم منذ عصور الجاهلية مع ما فيها من الخطر على سلامة المجتمع ومن أكل أموال الغير بلا حق ومن استثمار الغنى حالة الفقير ، فلم يتعرض لها التشريع فى أول عهده ، ثم بدأ بالتنفير منها والتلميح بمساوئها حتى اطمأنت قلوبهم الى الدين واستعدت نفوسهم الى طاعة تعاليمه ، فانتهى الى النهى الصريح عنها .

ولعلنا نتبين مما تقدم عن هذه الأمور الثلاثة - تشريع الأحكام فى آيات المدينة ونزول الاحكام بمناسباتها والتدريج فى الأمر والنهى - أنها ترجع كلها الى فكرة واحدة هى أساس التشريع فى كل عصر ، وهى اصدار القوانين طبقا لحالة المجتمع ودرجته من التطور والرقى .

---

(١) فجر الاسلام الاستاذ أحمد أمين ص ٢٨٧ . وهو يرى أن التدرج فى التشريع يفسر الطلق نسخ الاحكام سواء فى الكتاب أو فى السنة

(٢) المختارات الفتحية ص ٥٠

- ٢ -

اشتمل الكتاب على الأحكام الكلية والأصول العامة بغير أن يتناول جميع المسائل الجزئية ، وتولى رسول الله تطبيقها على الحوادث وبيان العمل بها فى حياته ، سواء أكان هذا البيان من طريق القول أم الفعل أم باقرار مايحدث أمامه ، وقد اصطلح على تسميته بالسنة واعتبر تشريعا مكملا لأحكام الكتاب ، وأصبح المصدر الثانى للشريعة الاسلامية (١) .

والسنة تستند الى نصوص الكتاب وتستمد أحكامها فى مبادئه ، وقد رتبت فى هذا السبيل طائفة من القواعد الشرعية قامت بجانب الأحكام القرآنية وصارت معها فى مستوى واحد من حيث الصفة التشريعية ومن حيث درجة الالزام فى كل فريق منها .

ومن ذلك نعلم أن أحكام السنة متصلة اتصالا وثيقا بأحكام الكتاب ، فلم تتعدد مارسمه من الحدود ولم تتجاوز ماقصده من المعانى ، وانما عملت على تفصيل ما أجمل من أحكامه ؛ وعلى تخصيص ما أطلق من نصوصه ؛ وعلى تقرير القواعد فيما لم ينص عليه - اما بالقياس على مانص عليه واما بالنظر الى المعنى العام المستفاد من النصوص الفردية أو الى المصلحة العامة المقصودة منها :

١ - فمن الأحكام التى جاءت بها السنة بيانا لقواعد القرآن المجملة أحكام الصلاة والزكاة ، فان آيات الكتاب اقتصرت فى نصوصها على فرضهما ، دون ذكر أوقات الصلاة وطرق أدائها وعدد الركوع والسجود فيها ، ودون ذكر المقادير الواجبة فى الزكاة وشروطها ، وقد تكفلت السنة ببيان ذلك كله

٢ - ومن الأحكام الذى خصصت مطلق النصوص القرآنية - وذلك باستبعاد حالات خاصة من حكمها العام - جعل الرجم عقوبة لجريمة الزنا اذا وقعت من محصن ، مع أن نص الكتاب القاضى بحد الجلد مائة جلدة كان

---

(١) قال الله تعالى فى سورة الحشر «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» وفى سورة آل عمران «قل أطيعوا الله والرسول فان تولوا فان الله لا يحب الكافرين»

شاملا للزانى عامة سواء أكان محصنا أم غير محصن .

ومنها كذلك تخصيص النص المطلق الوارد فى آيات المواريث التى قررت الارث للوالدين والأولاد والأخوة والأزواج كل منهم بنصيبه ، فقد دلت السنة على أنه لم يقصد بها التوريث اذا اختلف دين الوارث والمورث أو اذا كان الوارث قاتلا لمورثه أو رقيقا [١] ، مع أن ظاهر النص فى الكتاب عام لا تفريق فيه بين مشرك ومسلم ولا بين قاتل وبرىء ولا بين رقيق وحر .

٣ — ومن القواعد الجديدة التى وضعتها السنة فيما لم يرد فيه نص من الكتاب ، تقرير الدية للجنين وللأطراف اقتداء بما جاء فى القرآن عن دية النفس ، وحظر البيع متى اشتمل على معنى الربا أو على زيادة بغير عوض [٢] ومنع الجمع فى الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها قياسا على نص الكتاب بمنعه بين الأخت وأختها [٣] ، وتحريم الزواج من الرضاع فيما حرمه القرآن من النسب [٤] ، ومنها كذلك توريث الجدة التى لم يجعل لها الكتاب نصيبا ، وأن يؤول ما يبقى من التركة — بعد توزيع الأنصباء — الى الأعصاب ممن لم يذكر القرآن فى أمرهم حكما [٥] .

نتم دراسة هذا العهد بكلمة عن أثره فى نظم العهد السابق عليه ، فانه فضلا عما أحدثه الاسلام من الانقلاب فى العقيدة الدينية ، وفى حياة العرب الخلقية والاجتماعية ، فقد ترتب عليه من الناحية القانونية تطور لا يقل فى خطورته

---

(١) منقولة عن رسالة الامام الشافعى فى أصول الفقه فى تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ١٣٦

(٢) أنظر بيان ذلك بالتفصيل فى تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٢٤

(٣) لان الحكمة فى كل الاحوال واحدة ، وقد تظهر تلك الحكمة من الحديث القائل (فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)

(٤) لم يحرم نص القرآن من الرضاعة الا الام والاخت ، وحرم من النسب الام والبنت والاخت والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت — راجع سورة النساء (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ...) الاية

(٥) الحديث (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلاولى رجل ذكر) ، وهم الاعمام وبنو الاعمام — راجع تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٥٤

عما ترتب عليه من النواحى الأخرى .

وقد ذهب هـذا التطور الى المدى الذى يتفق مع تعاليم الدين الجديد ، ومع ماتكفل به من مهمة مزدوجة لاتنحصر فى بيان سبل السعادة فى الآخرة فحسب ، بل تشمل ارشاد الناس الى طرق الحياة السليمة فى الدنيا .

لذلك تخللت تلك الفترة ـ من حياة الرسول ـ التى نزل فيها الكتاب وصدرت السنة حركة اصلاح بعيدة الأثر فى تقاليد العرب ونظمهم القانونية ، فقضت منها على ما يأباه الدين أو ينبذه الخلق ، أو يتنافى مع واجبات الفرد نحو الأسرة التى يتصل بها والمجتمع الذى ينتمى اليه ، فأبطل وأد البنات ، وحرم الربا وبيوع الغرر ، وألغى كثير من نظم الأسرة الجاهلية مثل زواج المقت والمتعة وطلاق الظهار وميراث التبنى .

ولم تكن تلك الحركة قاصرة على هدم الفاسد من تقاليد الجاهلية ، بل أقامت نظما جديدة لازمة لسلامة المجتمع ، فوضعت الحدود لمعاقبة الجرائم الخطيرة كالسرقة وقطع الطريق والزنا والقذف ، وتقرر نظام الكتابة فى معاملات الديون (١) ، وجعل الميراث على أساس ثابت محدود يشترك فيه الأقرباء كل بنصيبه ذكرا كان أم أنثى ، بالغا كان أم صغيرا ، ونشرت المبادىء الخاصة بالمحافظة على أموال القصر واليتامى وحماية مصالحهم .

على أن التشريع الاسلامى لم يكن محددا فى كل ماتصل بالحياة القانونية عند العرب ، ولم يكن هداما لكل ماتصل بالجاهلية من تقاليد ، بل أبقى منها مالم يزل صالحا للحياة الاجتماعية فى الاسلام مع الأخذ بالتعديل فى بعضها بما دعت اليه حاجات هذه الحياة ، من ذلك أنه أقر نظام القسامة ولم يبطل ميراث الولاء (٢) ، وأبقى نظام الديات والقصاص غير أنه جعل المسئولية فيه على الجانى لاعلى القبيلة كما كان فى الجاهلية .

---

(١) راجع سورة البقرة (يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه . ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا ..) الآية

(١) تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٥٣

ولا شك فى أن ظهور الاسلام كان حدا فاصلا بين عهدين مختلفين من عصور التاريخ القانونى — عهد الفطرة الذى لا يسود فيه قانون شامل ولا يؤيد تقاليده من جزاء سوى القوة الفردية ، وعهد النظام الذى يخضع فيه الجميع إلى شريعة عامة واحدة تؤيدها العقيدة وتتكفل بنفاذها السلطة الحاكمة.

الفصل الثانى

عهد الخلفاء الراشدين

١١ - ٤١ هـ (٦٣٢ - ٦٦١ م)

١ - جمع القرآن ونشره

٢ - ظهور مصدر الرأى

٣ - تنظيم القضاء

فى خلال هذا العهد - وعلى الأخص فى خلافة عمر وعثمان - فتحت البلاد الفارسية والعراق والشام ومصر ، واعتنق الاسلام كثير من غير العرب ، وفى خلاله كذلك ثارت فتنة فقتل عثمان وتفرق المسلمون ، وبايع فريق منهم على بن أبى طالب ، واتبع آخرون معاوية بن أبى سفيان ، وتحارب الفريقان وتنازعا حتى قتل على وخلا الجو لمعاوية .

هذا عن تاريخ التطور السياسى .

أما عن التطور التشريعى فان هذا العهد يمتاز بثلاثة حوادث كان لها شأن خطير فى تاريخ الشريعة الأسلامية ، الأول جمع القرآن ونشره ، والثانى ظهور مصدر ثالث للتشريع وهو الرأى ، والثالث تنظيم القضاء .

— ١ —

جمع القرآن فى خلافة أبى بكر ونشر فى البلاد الاسلامية فى خلافة عثمان.

رأى أبو بكر أن كثيرا من حفظة القرآن قد قتلوا فى بعض المعارك الحربية فخشى انقراض هذه الفئة وشعر بالخطر من ذلك على كتاب الله ،

فأمر زيد بن ثابت — وهو أحد كتاب الوحي وحفاظه — بجمعه « من العسب واللخاف وصدور الرجال » [١]، وحفظت صفحة عند أبي بكر، ثم عمر ثم حفصه بنت عمر.

ولما ولى الخلافة عثمان وجد أن تلاوة القرآن فى البلاد تختلف باختلاف لهجات العرب ولغاتهم، فأمر بنسخ صور من صحف القرآن بلسان قريش، ونشرت على المسلمين [٢].

— ٢ —

كثرت الفتوح واتسعت للمسلمين أسباب الثراء وواجهوا أنواع جديدة من مظاهر الحياة وعلاقاتها مما لم يرد عنه نص فى الكتاب والسنة ومما يستدعى معالجته بتشريع جديد، فلجأ الخلفاء عند ذلك الى استنباط الأحكام الخاصة بها مسترشدين بما توحى به حكمة التشريع وبما تقتضيه المحافظة على المصالح العامة، وهذا ما يسمى التشريع بالرأى.

١ — كان الرأى فى أكثر حالاته مستمدا من روح المبادىء المنصوصة فى القرآن والسنة وقياسا على الأصول والأحكام الواردة فيهما، ولذلك أطلق على الرأى اسم آخر وهو القياس، وكان يصدر الرأى أحيانا بعد استشارة الصحابة ورؤوس المسلمين واتفاقهم عليه — كما قيل بحدوثه فى عهدى أبو بكر وعمر وفى هذه الحالة يسمى الرأى بالاجماع، أما اذا لم يكن عن قياس ولا عن اجماع فهو مجرد اجتهاد

وكثيرا ما وضعت قواعد جديدة بالرأى على أنواعه الثلاثة فى عهد الخلفاء الراشدين. من ذلك ما رآه أبو بكر من أن الجد مع الأخوة يحجبهم فى الميراث كالأب [٣]، وما أنفذه عمر من حد شارب الخمر ثمانين جلدة كالقاذف

---

(١) أى من جريد النخل والحجر الرقيق وذاكرة حفاظ القرآن، وتفصيل ذلك مروى فى صحيح البخارى عن زيد بن ثابت — راجع الخضرى بك ص ٦٢

(٢) أما السنة فلم تجمع فى هذا العهد خشية الاختلاف فيها وخوف انصراف الناس بها عن الكتاب راجع فى ذلك تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٦٣

(٣) يخالف عمر فى ذلك ويرى أن الجد لا يقاسم على الاب بل يشترط الاخوة معه فى الارث

وباتفاق الصحابة (١)، وما قرره عثمان من أن التي طلقها زوجها في مرضه ترث منه بالرغم من انقطاع الزوجية وقت الوفاة (٢) . وما قضى به على من أن الزوجة التي توفى زوجها قبل أن يدخل بها ودون أن يفرض لها صداقا لا حق لها في صداق المثل قياسا على المطلقة (٣) .

٢ ـ واذا ذكر التشريع بالرأى في هذا العهد ذكر معه الدور الهام الذى قام به عمر بن الخطاب في هذا الشأن أيام خلافته . فقد كان رجلا كبير الهمة شجاعا في الحق غيورا على الصالح العام . لذلك كان جريئا في العمل بالرأى سواء أكان عن قياس أم عن غير قياس متى وضحت له فيه مصلحة المسلمين وقد اتسع أمامه المجال في ذلك بما واجهه من الأحوال الجديدة ـ من اقتصادية واجتماعية وسياسية ـ التي نشأت عما حدث في عهده من الحروب وعما تم على يديه من الفتوح ، وانه ليتضح لنا من الأحكام التي قررها عمر أنه لم يقتصر في أعمال الرأى على الأحوال التي لم يرد عنها نص من الكتاب أو السنة . بل أنه ذهب الى أبعد من ذلك وخالف بعضا من النصوص والقواعد التي كانت سارية قبل عهده (٤) . حتى يكون الحكم ملائما لظروف المجتمع الجديدة .

فقد قرر أن يوقع القصاص على من قتلوا واحدا ولو كثر عددهم . وأن ينفذ حد الجلد على شارب الخمر . وأن يعفى السارق من قطع اليد في عام المجاعة وأن يقع الطلاق الثلاث نهائيا خلافا لما كان متبعا قبل عهده . وأن يكون لصاحب الأرض حق مرور خليج المياه أرض الجار رغما منه مادام غير ضار

---

(١) تاريخ التشريع وأصول الفقه للاستاذ أبي الفتح بك ص ٢٢١ ، وكان الشارب يعزر قبل عهد عمر ولم يرد على شرب الخمر حد في القرآن أو السنة

(٢) وروى أن عمرا رأى أن المطلقة ثلاثا في مرض الموت ترث مادامت في العدة ـ راجع تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٧٠

(٣) قال الله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)

(٤) فجر الاسلام ص ٢٨٣

به، وأن يمنع المؤلفة قلوبهم عن نصيبهم فى الزكاة(١) . « لأن الله أعز الاسلام وأغنى عنهم » . وأن تبقى الأراضى المفتوحة عنوة بأيدى اهلها مع ضرب الخراج عليهم دون أن تذهب الى ايدى الغزاة باعتبارها غنائم كما يدل ظاهر النص فى الكتاب (٢)

٣ ـ هذا هو المصدر الثالث لقواعد الشريعة . أى الرأى . فهو استنباط الحكم حيث لا يوجد النص والأخذ بالروح لا بالحرف حيث لا يوجد النص وحين يراد تطبيقه على المجتمع فى ظروف جديدة . وهو يقابل مايسمى « العدالة » فى القانون الرومانى وفى القانون الانجليزى . وقد عرفه ابن القيم من قبل بأنه « ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب » ويعرفه الأستاذ احمد امين الآن بأنه « مايرشد اليه الذوق السليم مما فى الأمر من عدل أو ظلم » (٣) .

وقد أصبح هذا المصدر الجديد عاملا خطيرا فى تطور مبادىء الشريعة الاسلامية فى العصور المقبلة ، إذا اتخذ شكلا علميا منظما بعد أن كان فى هذا العهد قاصرا على حالات فردية ؛ ويظهر لنا أن الطريق الذى اتجه فيه الرأى بالنسبة لأحكام الكتاب والسنة يماثل الطريق الذى سلكته السنة من قبل بالنسبة لأحكام الكتاب ، فقد اهتدى الرأى الى قواعده بنصوص مصدرى

---

(١) قال الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم) ، وهم قوم من سادات العرب ـ ممن أسلموا أو لم يسلموا - أمر الله نبيه بتألفهم أى بمقاربتهم واعطائهم حتى يرغبوا اتباعهم فى الاسلام وحتى لا تحملهم العصبية العربية على التألب مع الكفار على المسلمين – راجع لسان العرب فى كلمة ألف

(٢) كان ذلك عند فتح الشام والعراق ، وكانت مناقشة بين عمر وبعض الغزاة الذين تمسكوا بظاهر النص (واعلموا أنما غنمتم من شىء فان لله خمسه . .) . وكان مما احتج به عمر أنه (اذا قسمت أرض الشام والعراق فما يسد به الثغور وما يكون للذرية والارامل بهذا البلد وبغيره من أهل الشام والعراق ؟ ..) راجع التشريع الأسلامي للخضري بك ص ٧٢

(٣) كتاب فجر الاسلام ص ٢٨٤

الشريعة ومبادئهما العامة كما استمدت السنة قواعدها من أصول المصدر الأول للشريعة ومن المعانى العامة التى يرمى اليها .

— ٣ —

كان القضاء فى مبدأ هذا العهد فى أيدى الخليفة وأمراء الولايات الاسلامية يحكمون فيما يقع من الجنايات ويفصلون فيما يعرض عليهم من وجود النزاع ثم كان لعمر بن الخطاب بعد ذلك الفضل فى تنظيم القضاء كما كانت له اليد العليا فى العمل بالرأى ، فنى خلافته عهد بأمور القضاء فى الأقاليم الاسلامية إلى رجال يعملون مستقلين عن الأمراء ، وأطلق عليهم للمرة الأولى اسم القضاة (١) وأوصاهم بأن يحكموا بين الناس بكتاب الله وسنة رسوله وبأن يجتهدوا برأيهم فيما ليس فى كتاب ولا سنة .

واتبع بقية الخلفاء الراشدين من بعده هذا السبيل ، ولهم كتب تاريخية (٢) وأقوال مأثورة تبين الطرق والمبادىء الواجب اتباعها عند الفصل فى القضايا والصفات الواجب توافرها فيمن يلى وظيفة القضاء .

ويرجع هذا النظام إلى اتساع أعمال الولاة والأمراء واشتغالهم بادارة الأمور الحربية والسياسية أكثر مما يرجع إلى فكرة الفصل بين السلطات فى الدولة ، بدليل أن تنفيذ الأحكام كان فى يد القاضى ، فهو الذى يصدر الحكم ، وهو الذى تنفذه ، ومن جهة أخرى فان مهمة القضاء فى هذا العهد كانت قاصرة على الخصومات المدنية ، أما القصاص والحدود والتأديب فهى مازالت فى أيدى الخلفاء والولاة (٣) .

---

(١) تاريخ الامم الاسلامية للخضرى بك ص ٥٥ — ومن القضاة الذين عينهم هذا الخليفة أبو الدرداء فى المدينة وشريح بن الحرث الكندى فى الكوفة وقيس بن العاص فى مصر

(٢) من ذلك كتاب عمر الى القاضى أبى موسى الاشعرى وكتاب على الى أحد عماله فى اختيار القضاء ، أنظر صورتهما فى تاريخ الامم الاسلامية ص ٣٤٢ ، ٥٦٤

(٣) تاريخ الامم الاسلامية ص ٤٥٧

الفصل الثالث

عهد الخلافة الأموية

(٤١ — ١٣٢ ﻫ (٦٦١ — ٧٥٠ م)

١ — كلمة إجمالية

٢ — الخلاف بين مذهبي الرأى والحديث

٣ — أثر هذا الخلاف فى الفقه

٤ — نظام القضاء

وهذا العهد يعتبر مكملا للعهد السابق من وجهة التطور التشريعى ، حيث اكتمل فيه مصدر الرأى من جهة ، وانتشرت فيه أحكام السنة من جهة أخرى وبدت فيه بوارد الحركة العلمية التى عظم شأنها فى أوائل الخلافة العباسية .

— ١ —

يمتاز هذا العهد بثلاثة حوادث سياسية كان لها أثرها فى تاريخ التشريع الحادث الأول انحياز غالبية المسلمين بعد قتل على إلى معاوية وبقاء الخلافة فى بنى أمية تسعين عاما ، ويرجع ذلك إلى نفوذ معاوية وإلى دهائه السياسى .

والثانى تفرق الأقلية الباقية من المسلمين إلى فرق دينية وسياسية : فرقة الشيعة وهم اتباع على والناقمون على معاوية لاستئثاره بالخلافة ويرون أنها لبيت على لا لغيره ، وفرقة الخوارج وهم الخارجون على على ومعاوية على السواء واللذين يرون أن الخلافة لا تنحصر فى بيت معين وانما تستند الى ارادة الجمهور ينتخبون من يجدونه صالحا للقيام بشؤنهم .

والحادث الثالث هو اتساع الفتوح الاسلامية فى الشرق والغرب وبدء امتزاج المدنية العربية بالمدنيات الأخرى ، فقد امتد الفتح خلال هذا العهد فى

آسيا الى بخارى وسمرقند ، ووصلت الجيوش الاسلامية الى بعض مدن الصين ؛ وكذلك فتحت كثير من جزر البحر الأبيض المتوسط مثل قبرص ورودوس وسردينيا ؛ وساد نفوذ الاسلام فى تونس والجزائر والمغرب من شمال أفريقيا ، وتوج التقدم الاسلامى بفتح الأندلس فى أوروبا .

هذا عن التاريخ السياسى .

أما عن التاريخ القانونى فى هذا العهد فانه يتخلص فى أن أحكام الشريعة الاسلامية أخذت فى التطور والاتساع تبعا للظروف الجديدة بعاملين ، أحدهما تقدم فكرة الرأى باعتباره مصدرا للتشريع ؛ فكان لأصحابه الفضل فى تقرير الأحكام الجديدة ، وثانيهما قيام فكرة أخرى معارضة للرأى لا يتبع أصحابها الا نصوص الكتاب والسنة ؛ وهم أهل الحديث ، وكان لهم الفضل فى شيوع روايته وفى اذاعة نصوصه وأحكامه ؛ غير ان هذا التطور كانت تشوبه شائبة نشأت من تغالى كل فريق فى فكرته ، وهى اختلاق الأحاديث ونسبتها كذبا الى الرسول عليه السلام .

وفيما يلى تفصيل ما تقدم من الاجمال .

— ٢ —

استمر العمل بالرأى فى استنباط الأحكام نظرا لتنوع المعاملات وتجدد الأحوال بما لم يرد فيه نص من الكتاب أو السنة ، غير أن أهل الرأى بدأوا ينسبون موقفهم الى تعليل علمى ، فهم يرون « أن الشريعة معقولة المعنى »[1] قائمة على أصول ومبادىء عامة مستخلصة من روح النصوص ومن الحكمة فى تشريعها ، وبعبارة أخرى لها غايات تسعى الى تحقيقها ومصالح عامة تقصد حمايتها ، ومن هذه المبادىء وعلى ضوء هذه المصالح يستمدون الحكم الواجب اتباعه فيما لم يرد عنه نص صريح من القرآن أو من السنة الثابتة .

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامى — للخضرى بك — ص ٨٥ .

أمام هذا الفريق القائل بالرأى قام فريق آخر يسمى بأهل الحديث يعتمدون على ظواهر النصوص القرآنية والنبوية ، يصرف النظر عما ترشد اليه من مبادىء وأصول عامة تربط الأحكام الفردية بعضها ببعض ، ولا يتعدون هذه النصوص « ولو أدت الى نتيجة غير معقولة » ، وبحيث لو عرض لهم أمر لا نص فيه امتنعوا عن الفتوى ، وقد كان لهذا الوقف ثمرة قيمة فى تاريخ الشريعة ، اذ بعث على استقراء الأحاديث والبحث عما ورد من أحكام السنة لدى حفاظها والمعاصرين لزمن الخلفاء الراشدين ، فذاعت رواية الحديث وعرفت منه أحكام لم تكن معروفة من قبل (١) .

— ٣ —

صار لهذا الخلاف بين فريق الرأى والحديث شأن كبير فى العصر العباسي حيث ترتبت عليه حركة علمية واسعة النطاق تولدت عنها مذاهب الفقه الاسلامية ، لكنه لم يخل من الأثر فى هذا العهد ولو أنه لم يزل فى مرحلته الأولى ، ويظهر هذا الأثر خطيرا فى رواية الحديث ضئيلا فى اختلاف الأحكام

أما بالنسبة لرواية الحديث فقد كان من نتيجة ذلك النزاع أن شاع الكذب على رسول الله عليه الصلاة والسلام وعلى صحابته ، اذ استباح بعض أفراد من الفريقين لأنفسهم أن يختلق من الأحاديث ما يبرر مسلك فريقه ، ولذلك نجد كثيرا من الأحاديث المتناقضة فى موضوع واحد كما فى مدح الرأى وذمه ، ومن ناحية أخرى لم يتردد الحديث - لاعتمادهم فى الأحكام على ما ورد من النصوص دون غيره - فى قبول ما يروى من السنة سواء أكانت ضعيفة فى سندها أم قوية ، وفى ذلك ما فيه من التشجيع على وضع الأحاديث المكذوبة ، ومن جهة ثالثة لما رأت فئة من أهل الحديث من امتناع زعماء مذهبهم عن

---

(١) نهى أبو بكر وعمر بن الخطاب عن رواية الحديث خشية من الاختلاف ومن انصراف الناس به عن كتاب الله ، ولذلك قلت رواية السنة في عهد الخلفاء الراشدين .

الفتوى فيما لم يرد عنه نص اختلفت طائفة كبيرة من الأحكام منسوبة الى السنة حتى يستعينوا بها فى سد الفراغ ، ولم تكن هذه الأحكام الموضوعة عقيمة الأثر بل صدر كثير منها عن رواية وبحث فقهى ونظر الى الأمور حتى وصفها بعض الباحثين بأنها رأى فى قالب حديث[١].

وأما عن الاختلاف فى الأحكام فان الفقه فى هذا العهد لم ينل نصيبه من التدوين والترتيب بالرغم من انقسام الفقهاء الى أهل رأى وأهل حديث ، ولذلك فانه لم يعرف عنهم كثير من القواعد الواضحة ولم يصل الينا من عهدهم إلا قليل من الأحكام التى ظهر فيها الخلاف بين الفريقين ، وسنأتى منها على مثلين :

الأول خاص بدية الأطراف للمرأة[٢] : حددت النصوص فى الكتاب والسنة دية الرجل مائة من الابل عن النفس وعشرة منها عن كل أصبع من أصابعه ، أما بالنسبة لاطراف المرأة فان أهل الحديث يستندون فى تقديرها على قول من السنة بان «المرأة تعاقل الرجل (أى تساويه فى الدية) الى ثلث الدية فاذا زادت على ذلك فهى على النصف من ديته»[٣]. ويترتب على ذلك أن دية الاصبع الواحدة من أصابعها عشرة من الابل ودية أصبعين عشرون ودية ثلاث ثلاثون كما للرجل . أما دية أربع فهى عشرون أى نصف دية أربع من أصابع الرجل ، يستنكر أهل الرأى مثل هذه النتيجة التى لا تتفق مع العدالة[٤]، ويرون أن دية أطراف المرأة تقدر دائما على النصف مما يقدر

(١) فجر الاسلام ص ٢٩٥ ، وهناك أسباب أخرى ذكرها المؤلفون لوضع الاحاديث المكذوبة ، أهمها اختلاف الاحزاب الدينية والسياسية ، والسعى فى ترغيب الناس فى الفضائل وحملهم على احترام الاحكام الشرعية ـ راجع تاريخ التشريع الاسلامى ص ٨١

(٢) أنظر تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٨٥

(٣) حديث مروى فى لسان العرب فى تفسير كلمة عقل

(٤) «فعندما عظم جرحها نقص عقلها» أى ديتها ، وهى العبارة التي اعترض بها ربيعة بن فروخ علي حكم أهل الحديث ، وهو زعيم أهل الرأي فى هذا العهد

للرجل فى الأطراف كما فى النفس ، لا سيما وان المرأة تعامل نصف معاملة الرجل فى الميراث وفى الشهادة ، ولا يثقون بصحة الحديث السالف نصه .

والمثل الثانى خاص بضمان الشاة أو الناقة المصراة[1] التى يردها المشترى بعد ما احتلبه من لبنها ، فما الذى يجب على البائع فى مقابل هذا اللبن ؟ يقول أهل الحديث بانه يرد الشاة « وصاعا من تمر » فى نظير لبنها اعتمادا على حديث رواه أبو هريرة[2] ، أما أهل الرأى فانهم يذهبون الى أن المبدأ العام فى ضمان المال المتلف هو رد المثل أو القيمة ، وصاع التمر ليس بالمثل ولا بالقيمة ، ويستدلون بذلك على الشك فى صحة الحديث وعلى وجوب اتباع المبدأ السابق فى ضمان ما احتلبه المشترى من لبن الشاة قبل ردها .

— ٤ —

بقى نظام القضاء على حالته التى كان عليها فى عهد الخلفاء الراشدين ، غير أن تعيين القضاة كان يصدر من أمراء الولايات غالبا ومن الخليفة أحيانا ، وأن دائرة أعمالهم تجاوزت الفصل فى الخصومات وتناولت مراقبة أموال اليتامى والاشراف على الأموال الموقوفة وعلى الأخص فى مصر حيث أنشىء للمرة الأولى ديوان للأوقاف فى أوائل القرن الثانى من الهجرة[3] ، وكذلك اهتدى القضاة فى هذا العهد الى تدوين أحكامهم لضمان تنفيذها ولحسم النزاع عليها بعد اصدارها .

ولم يكن القاضى مقيدا بمذهب معين أو برأى خاص ، وانما ترك له حرية الفصل فى الدعاوى بعلمه واجتهاده ، وكان يرجع الى الخليفة فيما أشكل عليه

---

(١) وهى التى يختزن اللبن فى ثديها وذلك بربطه حتى يظن من يراها أنها غزيرة اللبن . وللمشترى فى هذه الحالة الخيار فى ابقائها أو فى ردها الى البائع

(٢) فجر الاسلام ص ٢٥٤

(٣) تاريخ الامم الاسلامية للخضري بك ص ٦٤٩

من الأمور وفيما تضاربت فيه الأحكام (٤) أو يستفتى علماء بلده ، ونذكر بهذه المناسبة ما كان من نتائج الفتوح فى هذا العهد من تفرق فقهاء المسلمين فى الأقطار الاسلامية مثل بغداد والكوفة ودمشق ومصر ومن اشتغالهم فيها بدرس الفقه وتعليمه للطلاب وبالافتاء للقضاة والأفراد ، وكان ذلك وما سبق وصفه من انقسامهم الى مذهبى الرأى والحديث مبادىء الحركة العلمية التى اتسع نطاقها وارتفع شأنها فى التالى ، ونرجىء وصف ذلك الى بحث آخر.



(٤) وقد حدث ذلك فى عهد عمر بن عبد العزيز

